الحدائق الناضرة

في

أحكام العترة الطاهرة

تأليف

العلامة الفقيه المحدث الشيخ يوسف البحراني

المتوفى سنة ١١٨٦ هجرية

المجلد ٢٠

بسم الله الرحمن الرحیم

الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره

کاتب:

یوسف بحرانی

نشرت فی الطباعهٔ:

مجهول (بی جا ، بی نا)

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره المجلد ۲۰

اشاره

سرشناسه : بحرانی، یوسف بن احمد، ق ۱۱۸۶ - ۱۱۰۷

عنوان و نام پدیدآور : الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره/ تالیف یوسف البحرانی

مشخصات نشر : قم.

وضعیت فهرست نویسی : فهرستنویسی قبلی

یادداشت : فهرستنویسی براساس جلد هجدهم

یادداشت : کتابنامه

شماره کتابشناسی ملی : ۵۵۶۰۹

ص: ۱

اشاره

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیمِ

و به نستعین

ص: ۱

[تتمه كتاب التجاره]

[تتمه أحكام العقود و المعاملات]

الفصل العاشر فى السلم

اشاره

و يقال له السلف،و عرفوه بأنه بيع مضمون فى الذمه مضبوط بمال معلوم مقبوض فى المجلس إلى أجل معلوم بصيغه خاصه،فالكلام فى هذا الفصل يقع فى مقامين.

[المقام] الأول-فى الشرائط

اشاره

،و هى الإيجاب و القبول،و ذكر الجنس،و ذكر الوصف، و قبض الثمن قبل التفرق،و تقدير المبيع و الثمن بالكيل و الوزن،و اعتبار الأجل بما لا يحتمل الزياده و النقصان،و غلبه وجوده وقت الحلول.

و تفصيل الكلام فى هذه الشروط يقع فى مواضع،

[الشرط] الأول-الإيجاب و القبول

، و دليل وجوبهما ظاهر،لان السلم قسم من أقسام البيع المتوقف على ذلك،و ينعقد الإيجاب بلفظ بعت،و كذا ينعقد بلفظ التمليك على ما ذكره بعض الأصحاب، و استلمت منك كذا،و اما أسلفتك و أسلمت إليك،فهما من المشترى،و كذا سلفتك بالتضعيف.

قال فى التذكره:و يجىء سلمت الا ان الفقهاء لم يستعملوه،و ينبغى القول

ص:٢

بجوازه لـدلالته صـريحا على المقصود،و وروده لغه فيه،و الإيجاب بأحد هذه العبارات من المسـلم و هو المشترى،و القبول حينئذ مـن المسـلم اليه،و هـو البـائع،و هـذا الحكم من خـواص السـلم بالنسـبه إلى أقسـام الـبيع،و مثله فى صـحه الإيجـاب من كـل من المتعاقدين الصلح،و هل ينعقد البيع بلفظ السلم كما ينعقد السلم به؟بأن يقول أسلمت إليك هذا الدرهم فى هذا الشىء قولان:

المشهور الجواز،و مثله-على ما ذكره فى القواعد-ما لو قال البائع:أسلمت إليك هذا الثوب فى هذا الدينار،قالوا:و وجه الصحه ان البيع يصح بكل ما أدى ذلك المعنى المخصوص،و السـلم نوع من البيع،اعتبره الشارع فى نقل الملك،فجاز استعماله فى الجنس مجـازا تابعـا للقصـد،و لأـنه إذا جـاز اسـتعماله لمـا فى الـذمه المحتمل للغرر كان مع المشاهـده أدخل،لأنه أبعـد من الغرر،إذ مع المشاهده يحصل العلم أكثر من الوصف،و الحلول يتيقن معه إمكان التسليم و الانتفاع بخلاف الأجل،فكان أولى بالصحه،و وجه العـدم أن لفـظ السـلم موضـوع حقيقه للنـوع الخـاص من الـبيع،فاسـتعماله فى غير ذلـك النـوع مجـاز،و العقود اللازمه لاـ تثبت بالمجـازات،و لاـن الملـك انمـا ينتقل بما وضـعه الشارع ناقلا،و لم يثبت جعل الشارع هـذا ناقلا فى موضع النزاع،و فصل ثالث-فقـال:الحق انـا ان قلنـا باختصـاص البيع بمـا يثبت شـرعا من الألفاظ،لم يصـح هنا،و ان جوزناه بكل لفظ دل صـريحا على المراد صح،لان هذا اللفظ مع قصد البيع صريح فى المطلوب،و كلام الأصحاب فى تحقيق ألفاظ البيع مختلف،و القول بعدم انعقاد البيع بلفظ السلم لا يخلو من قوه.

أقول:و هـذا التفصـيل جيـد إلا انک قد عرفت مما حققناه آنفا فى صدر الفصل الأول فى البيع فى البحث عن الصـيغه انه لم يقم دليـل على هـذه الألفـاظ التى اعتبروهـا و عينوهـا و زعموا أن الشـارع حصـر النقل فيها على الكيفيه التى أدعوها،بل المفهوم من الاخبار ان كل ما دل من الألفاظ على التراضى من الطرفين فهو كاف فى الصحه،

حتی تخطأ بعض المحدثین الی الحکم بالجواز بمجرد الرضا و ان لم یقع بالألفاظ،و ظاهر هذا القائل الرجوع الی ما ذکره من الوجه الأول و هو مردود بما قلناه و الله العالم.

[الشرط] الثانی و الثالث-الجنس و الوصف

اشاره

و المراد بالجنس هنا اللفظ الدال علی الحقیقه النوعیه،کالحنطه و الشعیر و نحوهما،و الوصف هو الفارق بین أصناف ذلک النوع،فلو أخل بهما أو بأحدهما بطل العقد،و الوجه فی ذلک-مضافا الی الاخبار الاتیه-لزوم الغرر المنفی لو لم یذکر و یشیر الی ذلک جمله من الاخبار.

منها ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن معاویه بن عمار (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم:لا بأس بالسلم فی المتاع إذا سمیت الطول و العرض».

و ما رواه

فی الکافی عن جمیل بن دراج (۲)فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام،قال:

«لا بأس بالسلم فی المتاع إذا وصفت الطول و العرض».

و فی موثقه سماعه (۳)قال:

«و سألته عن السلم فی الحیوان إذا وصفته إلی أجل معلوم فقال:لا بأس به».

و فی صحیحه زراره (۴)المرویه فی الفقیه و التهذیب عن الباقر علیه السلام قال:

«لا بأس بالسلم فی المتاع إذا وصفت الطول و العرض،و فی الحیوان إذا وصفت أسنانه».

و فی حسنه زراره (۵)و صحیحه المرویه فی الکافی عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال:

«لا بأس بالسلم فی الحیوان إذا وصفت أسنانها».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۹۹.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۹۹.

۳- ۳) الوسائل الباب-۳-من أبواب السلف الرقم ۸.

۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۱۶۸ التهذیب ج ۷ ص ۴۱.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۲۲۰.

و فی موثقه لزراره (۱)أیضا عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا بأس بالسلم فی فی الحیوان إذا سمیت سنا معلوما».

و فی موثقه سماعه (۲)المرویه فی الکافی قال:

«سئل أبو عبد الله علیه السلام عن السلم فی الحیوان قال:أسنان معلومه و أسنان معدوده إلی أجل معلوم لا بأس به».

و قول ابی عبد الله علیه السلام فی روایه ابن الحجاج الکرخی (۳)

«و من اشتری من طعام موصوف و لم یسم فیه قریه و لا موضعا فعلی صاحبه أن یؤدیه».

و فی صحیحه الحلبی (۴)

«قال سئل أبو عبد الله علیه السلام عن الرجل یسلم فی وصفاء بأسنان معلومه و لون معلوم الحدیث». الی غیر ذلک من الاخبار المتفرقه الاتی إنشاء الله تعالی جمله منها.

و الضابط فی الوصف أن کل ما یختلف لأجله الثمن اختلافا لا یتسامح بمثله عاده فإنه یجب ذکره،قالوا:و المرجع فی هذه الأوصاف إلی العرف،فإنه ربما کان العامی أعرف بها من الفقیه و حظ الفقیه فیها البیان الإجمالی،ثم انه متی وصفه فلا یبالغ فی الوصف و یستقصی فیه،إذ ربما تعذر وجوده،فیبطل السلم،بل ینبغی الاقتصار علی ما یتناوله اسم الموصوف بالوصف الذی یزیل اختلاف أثمان الأفراد الداخله فی ذلک المعین،فان استقصی ذلک و وجد الموصوف صح السلم،و الا بطل کما ذکرناه.

قالوا:و لو شرط الأجود لم یصح لتعذره،إذ ما من فرد جید الا و یمکن أن یکون فرد أجود منه فلا یتحقق حینئذ کون المدفوع من أفراد الحق،و کذا لو شرط الأردی لعین ما تقدم،و قیل هنا بإمکان التخلص من ذلک بأن الأردی و ان لم یمکن الوقوف علیه لما عرفت من انه لا فرد کذلک الا و یمکن أن یکون فوقه ما هو أردی

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۲۱ عن عبید بن زراره.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۲۲.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۱۳۱.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۲۲۱.

منه،الا انه یمکن التخلص من الحق بدونه،و طریقه ان یدفع فردا من الافراد،فإن کان هو الأردی فهو الحق و ان لم یکن کذلک کان قد دفع الجید عن الردی، و هو جائز کما سیأتی-إنشاء الله تعالی-ذکره،فیحصل التخلص،و لا یبطل العقد،بخلاف ما لو شرط الأجود.

و أورد علیه بأنه و ان أمکن التخلص بالوجه المذکور،لکنه غیر کاف فی صحه العقد،إذ الواجب تعیین المسلم فیه بالضبط بحیث یمکن الرجوع الیه،عند الحاجه و یمکن تسلیمه و لو بالقهر بان یدفعه الحاکم الشرعی من مال المسلم الیه لو فرض امتناعه من تسلیمه،و من الظاهر أن هذین الأمرین منتفیان عن الأردی لأنه غیر متعین،فلا یمکن تسلیمه،و الجید غیر مستحق علیه،فلا یجوز للحاکم و نحوه دفعه من ماله.و کذا لا یجب علیه مع المماکسه و حینئذ فیتعذر التخلص،و به یظهر ان الأقوی عدم الصحه فی هذا الفرد ایضا کسابقه.

و لشیخنا الشهید(عطر الله مرقده)فی الدروس هنا کلام فی ذکر أوصاف جمله من المبیعات سلما لا بأس بذکره و ان طال به زمام الکلام فی المقام،قال(قدس سره)و لنذکر مما یعم به البلوی ثلاثه عشر،أحدها الرقیق،و لیذکر فیه الذکوره و الأنوثه،و النوع و اللون،و السن و القد کالطویل و القصیر و الربعه،و لو قدره بالأشبار کالخمسه و السته احتمل المنع،لإفضائه إلی العزه و یحتمل وجوب ذکر الکحل (1)و الدعج (2)و الزجج (3)و تکلثم الوجه فی الجاریه و کونها خمیصه ریانه اللمس،ثقیله الردف،أو أضداد ذلک لتفاوت الثمن به و عدم عزته،و الأقرب تعیین البکاره و الثیوبه فی الأمه،فلو أطلق بطل،و لا یشترط ذکر الملاحه فلو ذکرها روعی العرف و یحمل علی أقل درجه،و یحتمل البطلان لعدم انضباطها،فان مرجعها

۱- ۱) و کحلت العین کحلا من باب تعب و هو سواد یعلو جفونها خلقه.

۲- ۲) الدعج و الدعجه:السواد فی العین.

۳- ۳) الزجج:و هو تقویس فی الحاجب مع طول فی طرفه.

الی الاستحسان و الشهوه المختلفین باختلاف الطبائع،و لا یجب التعرض لآحاد الأعضاء لعدم تفاوت الثمن فیه بینا،و ربما ادی الی عزه الوجود،و کذا لو شرط الولد مع الام المقصود بها التسری،و لو قصدها الخدمه کالزنجیه جاز لقله التفاوت و اولی بالجواز اشتراط کونها حاملا-سواء کانت حسناء أو شوهاء،و منع فی المبسوط منه لعدم إمکان ضبطه،و منع ابن الجنید من اشتراط الحمل فی الحیوان کله، و الوجه الجواز و لا یجب وصف الحمل لانه تابع.

و ثانیهما الإبل فیذکر السن کالثنی و الذکوره و الأنوثه و اللون کالأسود و الأحمر،و الصنف کالعرابی و البخاتی،و النتاج إذا کان معروفا عام الوجوه کالعبادی.

و ثالثها الخیل فیذکر الذکوره و الأنوثه و السن و النوع و العربی و الترکی، و اللون،و لو ذکر الشباب و الهیئات کالأغر و المحجل و اللطبم جاز و ان لم یجب ذکرها.

و رابعها-البقر و الحمیر،و یتعرض فیه للسن و النوع و الذکوره و الأنوثه و اللون و البلد.

و خامسها-الطیر و یتعرض فیه للنوع و اللون و کبر الجثه أو صغرها،لان سنها غیر معلوم،و کلما لم یعلم سنه یرجع فیه الی البینه فإن فقدت،فالی السید ان کان رقیقا صغیرا أو الی الرقیق ان کان بالغا فإن فقد فالی ظن أهل الخبره:

و سادسها زوائد الحیوان کاللبن و اللبأ و السمن و الزبد و الرائب (۱)و الصوف و الشعر و الوبر فیتعرض فی اللبن للنوع کالماغر و المرعی فان قصد به الجبن أو الکشک احتمل ذکر الزمان فی الصفا و الغیم،فان لهما أثرا بینا فی ذلک عند اهله و یلزم عند الإطلاق حلیب یومه،و فی اللبا ذلک و یزید فی اللون و الطبخ أو عدمه و فی السمن النوع کالبقری،و اللون و الحداثه و العتاقه و فی الجبن ذلک،و الرطوبه أو الیبوسه و کذا القریش و الأقط،و ربما وجب فی القریش ذکر الیومی أو غیره

۱- ۱) الرائب:لبن الخاثر.

لتفاوته بذلك،و فی الزبد جمیع ما تقدم و یتعرض فی الصوف و الشعر و الوبر للنوع و الزمان و الطول و القصر و النعومه و الخشونه و الذکوره و الأنوثه ان ظهر لهما تأثیر فی الثمن.

و سابعها-الثیاب و یذکر فیه النوع و البلد و العرض و الصفافه و الغلظ و النعومه أو أضدادها و لا یجب ذکر الوزن لعسره،و له الخام عند الإطلاق و ان ذکر المقصور جاز،فان اختلف البلدان ذکر بلد القصاره کالبعلبکی و القبطی (۱)و الروسی و یجوز اشتراط المصبوغ فیذکر لونه و إشباعه أو عدمه و لا فرق بین المصبوغ بعد نسجه أو قبله علی الأقوی و منع الشیخ إذا صبغ بعد غزله،لان الصبغ مجهول،و لانه یمنع من معرفه الخشونه و النعومه و فی وجوب ذکر عدد الخیوط نظر أقربه ذلک لاشتهاره بین أهله و تأثیر فی الثمن.

ثامنها-الحریر و الکرسف و الکتان:و یذکر فیهما البلد و اللون و النعومه و الخشونه و یختص الحریر بالغلظ أو الرقه،و یجوز السلف فی جوز القز،فیذکر اللون و الطراوه أو الیبس و البلده و أبطله الشیخ إذا کان فیه دود،لان الحی یفسد بالخروج،و المیت لا یصح بیعه،قلنا هو کنوی التمر فی بلد لا قیمه له فیه،و الکرسف بوجوب ذکر حلجه أو عدمه و قیل یحمل الإطلاق علی عدمه و هو بعید الا مع القرینه،و لو سلف فی الغزل وجب ذکر ما سلف،و اشتراط الغلظ و الدقه و لو أسنده إلی غزل امرأه بعینها بطل.

تاسعها-الحبوب و الفواکه و الثمار فیذکر فی الحنطه البلد و الحداثه و العتق و اللون و الکبر و الصغر و الصرابه أو ضدها،و لا یشترط ذکر حصاد عام أو عامین، و ان ذکره جاز و فی الشعیر و القطنیه (۲)ذلک کله و فی التمر البلد و النوع و الکبیر

ص :۸

۱- ۱) القبطیه:ثیاب بیض من کتان یتخذ بمصر.

۲- ۲) القطنیه بکسر القاف و سکون الطاء اسم جامع للحبوب التی تطبخ مثل العدس و الباقلاء و اللوبیا و الحمص و غیرها.

و الصغير و الحداثه و العتاقه و اللون ان اختلف النوع،و فى الرطب ذلك كله إلا العتاقه و يجب المتعارف،و لو شرط المنصف أو المذنب لزم،و فى الزبيب البلد و النوع و الكبر و الصغر و اللون ان اختلف نوعه،و المزيت أو غيره،و له الجاف من التمر و الزبيب الخالى من التفاله،و لا يجب تناهى الجفاف.

و فى الفواكه البلد و النوع و الطراوه أو ضدها،و اللون ان اختلف.

و فى الجوز الصنف و الكبر و الصغر و البلد و الحديث أو العتيق،و له منزوع القشره العليا و كذا اللوز.

و فى الطلاء البلد و النوع و الحديث و العتيق و اللون و الصفا و القوام،و يجب كونه مما ذهب ثلثاه فصاعدا خاليا من التفل غير المعتاد،و ان ضم اليه ظروفه، و يشترط كونها مما يصح فيه السلم فلو كانت من أديم احتمل المنع،لعسر وصفه، و الأقرب الجواز لعدم تعلق الغرض بجميع أوصافه.

و فى السيلان و المعصر البلد و النوع و القوام و اللون،و فى الدبس كذلك و لا يمنع منه سليس النار،و يجوز السلم فى المصفر من الرطب و التمر و يوصف بوصفهما.

و عاشرها-العسل و يذكر فيه البلد و الزمان و اللون و يحمل الإطلاق على المصفى لا الشهد،و يحمل المصفى على ما لم تمسه النار الا ان يشترط ذلك.

و حادى عاشرها الخشب و الحطب فيذكر النوع و اليبس و الرطوبه و الطول و الثخن،و لا يجيئان فى الحطب،نعم يذكر فيه الغلظ و الدقه و الوزن و فى خشب العريش ذلك و يزيد السمع أو المعقد.

و ثانى عاشرها-الحجر و اللبن و الآجر،ففى الحجر النوع و اللون و القدر و الوزن،و للطحن يزيد الرقه أو الثخن و البلد،و فى اللبن القالب المشهور، و المكان الذى يضرب فيه و كذا فى الآجر و يزيد فيه اللون.

و ثالث عشرها-الآنيه فيذكر النوع و الشكل و القدر و الطول و السمك و السعه

و كونه مصبوبا أو مضروبا و الوزن،خلافا للشيخ و مدار الباب البناء على الأمور العرفيه،و ربما كان العوام اعرف بها من الفقهاء و حظ الفقيه البيان الإجمالى، انتهى.

و أنت خبير بان الظاهر من الاخبار المتقدمه و نحوها هو الاكتفاء بالوصف فى الجمله فإنها دلت فى الحيوان على الاكتفاء بوصف الأسنان،و فى المتاع بوصف الطول و العرض دون الاستقصاء فى جميع الأوصاف كما هو ظاهر كلامهم،و ان كان ما ذكروه أحوط.

فوائد

اشاره

إذا عرفت ذلك فهنا فوائد يجب التنبيه عليها

الاولى [جواز إسلاف الاعراض فى الاعراض إذا اختلفت]

-المشهور جواز إسلاف الاعراض فى الاعراض إذا اختلفت،بل ادعى عليه المرتضى الإجماع،و كون الثمن نقدا أو عرضا ما لم يؤد الى الربا،و عن ابن الجنيد انه منع من إسلاف عرض فى عرض إذا كانا مكيلين أو موزونين أو معدودين كالسمن بالزيت.

أقول:و يدل على ما ذهب اليه ابن الجنيد هنا ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن عبد الله بن سنان (۱)فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف رجلا زيتا على ان يأخذ منه سمنا قال:لا يصلح».

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب عن عبد الله بن سنان (۲)فى الحسن قال:

« سمعت أبا عبد الله عليه السلام،يقول:لا ينبغى إسلاف السمن بالزيت و لا الزيت بالسمن».

و يدل على المشهور ما رواه

فى الفقيه و التهذيب عن وهب (۳)

«عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام قال:لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال،و ما يكال فيما يوزن». و الشيخ جمع بين الخبرين الأولين و الثالث،بحمل الخبرين الأولين المذكورين اما على المنع من حيث كونهما متفاضلين،قال:لان التفاضل بين

الجنسين

ص :۱۰

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۸۹.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۹۰ و الفقیه ج ۳ ص ۱۶۷.
۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۱۶۷.

المختلفين انما يجوز إذا كان نقدا،و إذا كان نسيئه فلا يجوز،و اما ان يكون على الكراهه قال:و لأجل ذلك قال:«لا يصلح و لا ينبغى»و لم يقل انه لا يجوز أو ذلك حرام و الأصحاب حملوها على الثانى لمنع ما ذكره الشيخ من التحريم فى المتفاضلين نسيئه كما تقدم فى تحقيق المسأله المذكوره.

و أنت خبير بأن استعمال لا يصلح و لا ينبغى فى التحريم فى الاخبار أكثر كثير.نعم هما فى العرف الآن بمعنى الكراهه،و نقل عن ابن ابى عقيل انه منع من إسلاف غير النقدين،و لم نقف له على دليل،بل ظاهر جمله من الاخبار يرده و اما إسلاف الأثمان فى العروض فهو متفق عليه نصا و فتوى،و اما إسلاف الأثمان و ان اختلفا فالظاهر انه لا خلاف فى عدم جوازه لدخوله فى باب الصرف المشترط فيه التقابض فى المجلس.

نعم يأتى على ما تقدم نقله عن الصدوق فى باب الصرف من عدم اشتراط ذلك الصحه هنا إلا أنك قد عرفت ضعف القول المذكور،و فيه ايضا مع تماثل العوضين مانع آخر،و هو الزياده الحكميه فى الثمن المؤجل باعتبار الأجل،فإن له حظا من الثمن،فيلزم الربا حينئذ.

الثانيه [فى أن كلما ينضبط وصفه يصح السلم منه]

-قد ذكر جمله من الأصحاب للسلم ضابطه،و هى أن كلما ينضبط وصفه يصح السلم منه،كالأشياء المعدوده فى كلام صاحب الدروس،و منعوا من السلم فى اللحم و الخبز و الجلود و النبل المعمول،و الجواهر و اللئالى،و العقار و الأرض،لتعذر الضبط،و ناقش بعض محققى متأخر المتأخرين فى هذا الضابط قال هذا الضابط ظاهر،و لكن العلم بتحققه فى بعض الجزئيات غير ظاهر، و الفرق مشكل.

نعم قد يوجد فى بعض الافراد،و لكن غير معلوم،لنا كليته،فان الفرق بين الحيوان و لحومه مشكل،و كذا بين اللحم و الشحم حتى لا يصح فى الأول منهما و يصح فى الثانى،و ان تخيل الفرق بينهما،و يمكن ان يقال بالصحه فيما

ینضبط فی الجمله إلاـ ما ورد النهی عن مثله،و ما علم التفات العظیم بین افراده مثل اللحم،فإنه ورد النهی عنه،و مثل اللؤلؤ الکبیر فان التفاوت بین افراده باللون و الوضع کثیر جدا بحیث یشکل ضبطه فی العباره،و کذا أکثر ما یباع عددا مشاهده کالبطیخ و الباذنجان و القثاء و النارنج و غیر ذلک.انتهی و هو جید.

أقول:و الذی وقفت علیه من الاخبار المتعلقه بذلک ما رواه

فی الکافی عن جابر (۱)عن ابی جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن السلف فی اللحم قال:لا تقربنه فإنه یعطیک مره السمین،و مره التساوی و مره المهزول و اشتره معاینه یدا بید، قال:و سألته عن السلف فی روایا الماء فقال:لا تقربنها فإنه یعطیک مره ناقصه و مره کامله،و لکن اشتره معاینه و هو أسلم لک و له». و الظاهر من هذا الخبر ان النهی عن السلم فی هذین الجنسین المذکورین انما هو من حیث عدم وفاء المسلم الیه بما اشترط علیه لا من حیث عدم الانضباط،و لهذا ان ظاهر بعض مشایخنا(رضوان الله علیهم)جعل الخبر المذکور علی الکراهه (۲)و هو جید.

و ما رواه

المشایخ الثلاثه عطر الله مراقدهم عن حدید بن حکیم (۳)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:رجل اشتری الجلود من القصاب فیعطیه کل یوم شیئا معلوما قال:

لاـ بأس به». و الخبر و ان کان مطلقا الا انه محمول علی تعیین الأجل،و اما احتمال ان یکون المراد بقوله یعطیه فی کل یوم شیئا یعنی من الثمن،فیکون من باب النسیه، فالظاهر بعده،نعم یحتمل حمله علی وقوع البیع حالا و ان تأخر التسلیم،و انه انما یعطیه آنا فآنا و یوما فیوما مع حصول التراضی،فإنه لا ینافی الحلول،و بعض الأصحاب

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۲۲ الفقیه ج ۳ ص ۱۶۵.
۲- ۲) قال(قدس سره)المشهور بین الأصحاب و المقطوع به فی کلامهم عدم جواز السلم فی اللحم و الخبز،و الخبر مع ضعفه یمکن حمله علی الکراهه بقرینه آخر الخبر، مع أنه أضبط من کثیر مما جوزوا السلم فیه انتهی.منه رحمه الله.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۲۲ مع اختلاف یسیر الفقیه ج ۳ ص ۱۶۵.

استدل بهذا الخبر لما ذهب اليه الشيخ من جواز السلم فی الجلود مع المشاهده.

و فيه ما عرفت من الاحتمال الذی ذكرناه،الا انه

قد روی فی الكافی و التهذيب عن أبی مخلد السراج (۱)قال:

«كنا عند أبی عبد الله عليه السلام،فدخل عليه معتب فقال:

بالباب رجلان،فقال أدخلهما فدخلا فقال أحدهما:انی رجل قصاب و انی أبيع المسوك (۲)قبل ان أذبح الغنم؟قال:ليس به بأس،و لكن انسبها غنم أرض كذا و كذا». و هذا الخبر كما ترى ظاهر فی جواز السلم فی الجلود،و المشهور فی كلام الأصحاب العدم،تمسكا بحصول الجهاله و اختلاف الخلقه،و تعذر الضبط حتى بالوزن،لأن القيمه لا ترتبط به.

و عن الشيخ القول بالجواز مع المشاهده (۳)و أورد عليه انه مع المشاهده يخرج عن السلم،لان المبيع فی السلم أمر فی الذمه مؤجل إلى مده،و أجيب بأن المراد مشاهده جمله كثيره يكون المسلم فيه داخلا فيها،و لهذا لا يخرج عن السلم،لان المبيع غير معين،و انما يخرج عن السلم مع تعيين المبيع،و كلام الشيخ أعم منه فيمكن حمله على ما ذكرناه،أنت خبير بان النص المذكور ظاهر فی الجواز كما عرفت فلا تسمع هذه المناقشات فی مقابلته،و هو أيضا أحد الاحتمالين فی الخبر

۱- ۱) الكافی ج ۵ ص ۲۰۱ التهذيب ج ۷ ص ۲۷.

۲- ۲) أی الجلود.

۳- ۳) قال فی الخلاف:اختلفت روايات أصحابنا فی السلم فی الجلود فروى انه لا بأس به إذا شاهد الغنم،و روى انه لا يجوز،ثم استدل على الجواز بآيه البيع و باخبار المرويه فی ذلك و بالأصل الدال على الجواز مع انتفاء المانع،و قال فی المبسوط بجواز السلم فی جلود الغنم إذا شاهدها و روى انه لا يجوز و هو أحوط لأنه مختلف الخلقه و اللون و لا يمكن ضبطه بالصفه لاختلاف خلقته،و لا يمكن ذرعه و لا يجوز وزنه لانه يكون ثقيلا و ثمنه أقل من ثمن الخفيف،و تبعه فی الجواز ابن البراج فی الكامل و رجع عنه فی كتابه الآخر و ابن إدريس و من تأخر عنه عدا القول بالمنع.منه رحمه الله.

الأول كما عرفت،و لذلک عده فی الوسائل فی جمله أخبار السلم.

و العلامه قد نقل فی المختلف الخبرین المذکورین حجه للشیخ،و أجاب عن خبر مخلد السراج بضعف السند الذی قد عرفت فی غیر موضع انه غیر مرضی و لا معتمد و عن الأخر بأنه لا دلاله فیه علی بیع السلم،و الظاهر انه اشاره الی ما ذکرناه من الاحتمال فی الخبر المذکور.

و اما الجواهر و اللئالی فظاهر جمله من الأصحاب عدم الفرق فیها بین الکبار و الصغار،لاشتراک الجمیع فی عله المنع،و هو تعذر ضبطها علی وجه یرتفع بسببه اختلاف الثمن،و فرق آخرون فخصوا المنع بالکبار،لما ذکر من تفاوتها باعتبارات لا تحصل بدون المشاهده أما الصغار التی تستعمل فی الأدویه و الکحل و نحوها فهی لا تشتمل علی أوصاف کثیره بحیث یختلف القیمه باختلافها،فیجوز السلم فیها و ما ذکرنا من التفصیل مثل المعاجین خیره الشهیدین رحمهما الله و هو جید.

و اما ما ذکروه من العقار و الأرض فلم أقف فیه علی خبر،الا ان

الحمیری روی فی قرب الاسناد عن علی بن جعفر (1)عن أخیه موسی علیه السلام قال:سألته عن السلم فی النخل قبل أن یطلع قال:لا یصلح السلم فی النخل و فی موضع آخر قال:

«سألته عن الرجل یسلم فی النخل قبل ان یطلع قال:لا یصلح السلم فی النخل». و الظاهر أن المراد منه ما هو ظاهره من کون السؤال عن السلم فی العقار لا فی الثمره،إذ لا اشکال و لا خلاف فی جوازه،فیکون الخبران المذکوران مستندا لعدم جواز السلم فی العقار،الا ان موردهما النخل کما تری.

الثالثه

شرط الشیخ فی جواز السلم فی البیض و الجوز ضبطهما بالوزن لاختلافهما،و الأظهر الاکتفاء بالعدد مع ذکر النوع الذی یقل الاختلاف فیه بحیث یختلف الثمن باختلافه،و منع الشیخ من السلم فی جوز القز محتجا بان فی جوفه دودا لیس مقصودا و لا فیه مصلحه،فإنه إذا ترک فیه أفسده،لانه یقرضه و یخرج منه،

1- 1) الوسائل الباب 1-من أبواب بیع الثمار الرقم-18 و 20.

و ان مات فيه لم يجز من حيث انه ميته،و الأشهر الأظهر الجواز،لان المقصود بالبيع خال من هذه الموانع،و الدود غير مقصود،و انما هو بمنزله النوى الذى لا فائده فيه.

و منع الشيخ ايضا من السلم فى الشاه معها ولدها،محتجا بأنه لا يوجد الا نادرا، و كذا فى الجاريه الحامل لجهاله الحمل،و عدم إمكان وصفه،و رد الأول بإمكان الوصف بالصفات المعتبره فى السلم من غير أداء الى عزه الوجود،و الثانى باغتفار الجهاله فى الحمل،لانه تابع،و وافقه العلامه فى الجاريه الحسناء مع ولدها لعزه وجودها،قيل و فى الفرق نظر.

و بالجمله فضابط المنع و عدمه عزه الوجود و عدمه،و يجوز الإسلاف فى شاه لبون،و المراد بها ما من شأنها ذلك،بان يكون لها لبن،و ان لم يكن موجودا بالفعل حال البيع،بل لو كان موجودا حال البيع لم يجب تسليمه،بل له أن يحلبه و يسلمها بعد ذلك،و بالجمله فضابط اللبون ما يكون لها لبن يحلب فى اليوم أو الليله.

و اما الحامل فالمراد بها ما كان الحمل موجودا فيها بالفعل،لا ما يمكن ان تحمل فان الحامل لا يطلق عرفا الا على الأول،بخلاف اللبون،فإنه يطلق على ما يحلب فى اليوم أو الليله لا ما كان موجودا بالفعل خاصه.

الشرط الرابع:قبض الثمن قبل التفرق

فيبطل بدونه على الأشهر،بل نقل فى التذكره عليه الإجماع،قال:فلا يجوز التفرقه قبله،و ان تفارقا قبل القبض بطل السلم عند علمائنا اجمع،و ظاهره انه مع البطلان يحصل الإثم أيضا و قد تقدم.

قولهم فى الصرف ايضا بنحو ذلك.و قد بينا ما فيه ثمه و نقل عن ابن الجنيد جواز تأخير القبض ثلاثه أيام،و لم أقف فى الحكم المذكور على نص،و الظاهر أن دليل الأصحاب انما الإجماع المدعى مع ما عرفت من خلاف ابن الجنيد،و كأنه غير ملتفت اليه عندهم بناء على قاعدتهم من عدم الاعتداد بمخالفه معلوم النسب.

ص: ۱۵

و لعله لعدم وجود النص هنا توقف صاحب البشرى (۱)فى الحكم المذكور كما نقل عنه و هو فى محله.

قالوا و لو قبض بعض الثمن خاصه،صح فيما يخصه من المبيع و بطل فى الباقى،ثم انه لو كان عدم الإقباض بتفريط المسلم اليه و هو البائع فلا خيار له، و الا تخير لتبعيض الصفقه،و لو شرط تأجيل بعض الثمن قالوا:بطل فى الجميع،لجهاله ما يوازى المقبوض (۲)و احتمل فى الدروس الصحه و انه يقسط فيما بعد البيع سلعتين فيستحق إحديهما.

و لو كان للمشترى دين فى ذمه البائع فأراد جعله ثمنا فهنا صورتان إحديهما أن يشترط ذلك فى العقد بمعنى أن يجعل الثمن ما فى الذمه بأن يقرنه بالباء،و المشهور بين الأصحاب بطلان العقد لانه بيع دين بدين،قالوا:أما كون المسلم فيه دينا فواضح،و أما،الثمن الذى فى الذمه فلانه دين فى ذمه المسلم اليه، فإذا جعل عوضا للمسلم فيه الذى هو دين كما عرفت صدق بيع الدين بالدين، و قيل بالجواز على كراهه و هو اختيار المحقق فى الشرائع و العلامه فى التحرير (۳)و وجهه أن ما فى الذمه بمنزله المقبوض.

الثانيه-المحاسبه به قبل التفرق،بمعنى أن يتقابضا فى المجلس من غير أن يعينه

۱- ۱) هو السيد الفاضل أبو الفضائل أحمد بن طاوس أخ السيد رضى الدين على بن طاوس منه رحمه الله.
۲- ۲) و وجهه أنه بتأجيل البعض كما هو المفروض يبطل البيع فى المؤجل لاشتراط قبض الثمن قبل التفرق المنافى له،و إذا بطل البيع فى المؤجل بطل فى الحال لجهاله قسطه من الثمن و ان جعل كلا منهما قسطا معلوما عين للتأجل خمسين من مائه لان المعجل يقابل قسطا من المبيع أكثر مما يقابله المؤجل بتعيين الثمن على الآجل و النسبه عند العقد غير معلوم منه رحمه الله.
۳- ۳) حيث قال فى التحرير و لو شرط ان يكون الثمن بأجمعه من دين عليه فالوجه الكراهه و قيل بالمنع،انتهى منه رحمه الله.

ثمنا لانه استیفاء دین قبل التفرق،مع عدم ورود العقد علیه فلا یقصر عما لو أطلقا الثمن، ثم أحضره فی المجلس،و ینبغی أن یعلم انه انما یفتقر إلی المحاسبه مع تخالفهما جنسا أو وصفا أو هما معا،اما لو اتفق ما فی الذمه و ما عینه ثمنا فیهما وقع التهاتر قهریا و لزم العقد،و ظاهر شیخنا الشهید فی الدروس (۱)الاستشکال فی صحه العقد علی هذا التقدیر من حیث ان مورد العقد دین بدین،ورد بان بیع الدین بالدین المنهی عنه انما یتحقق إذا جعلا جمیعا فی نفس العقد متقابلین فی المعاوضه بمقتضی الباء و هی هنا منتفیه،لأن الثمن هنا أمر کلی،و تعیینه بعد العقد فی شخص لا یقتضی کونه هو الثمن الذی جری علیه العقد،و مثل هذا التقابض و التحاسب استیفاء لا معاوضه، و لو اثر مثل ذلک للزم مثله فیما لو أطلق ثم أحضره فی المجلس،لصدق بیع الدین بالدین ابتداء مع انه لا یقول به.

أقول:و الذی وقفت علیه من الاخبار المتعلقه بهذا الفرع ما رواه

الشیخ عن إسماعیل بن عمر (۲)

«انه کان له علی رجل دراهم فعرض علیه الرجل ان یبیعه بها طعاما إلی أجل مسمی فأمر إسماعیل من یسأله،فقال:لا بأس بذلک قال:ثم عاد إلیه إسماعیل فسأله عن ذلک و قال:انی کنت أمرت فلانا فسألک عنها فقلت:

لا بأس،فقال:ما یقول فیها من عندکم؟قلت:یقولون:فاسد،قال:لا تفعله فإنی أوهمت».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن طلحه بن زید (۳)عن ابی عبد الله علیه السلام قال:

«قال رسول الله صلی الله علیه و آله لا یباع الدین بالدین».

ص: ۱۷

۱- ۱) قال فی الدروس:و لو أطلقا ثم تقابضا فی المجلس فالظاهر الجواز و یقع التقابض قهرا ان کان الجنس و الوصف واحدا،و یلزم منه کون مورد العقد دینا بدین فیشکل انتهی. منه رحمه الله.

۲- ۲) الوسائل الباب-۸-من أبواب السلف الرقم-۱.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۰۰ التهذیب ج ۸ ص ۱۸۹.

و ما رواه

عبد الله الجعفر الحميری فی کتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن جده علی بن جعفر (۱)عن أخیه موسی علیه السلام قال:

«سألته عن المسلم فی الدین قال:إذا قال:اشتریت منک کذا و کذا بکذا و کذا فلا بأس».

و الکلام فی هذه الاخبار مع أصل المسأله یتوقف علی بیان مقدمه،و هی ان بیع الدین بالدین الممنوع منه کما دل علیه خبر طلحه هل هو عباره عما کان دینا قبل العقد کان یکون العوضان دینا قبل العقد کما لو باعه الذی فی ذمته بدین آخر له فی ذمته أیضا أو فی ذمه ثالث أو تبایعا دینا فی ذمه غریم لأحدهما بدین فی ذمه غریم آخر للآخر فیخص المنع بهذه الصوره،أو یشمل ما صار دینا بسبب العقد و ان لم یکن دینا قبله کما إذا بیع بمؤجل فی العقد،و یدخل ذلک فی بیع الدین بالدین بناء علی ان الثمن مؤجل غیر حال.المشهور الثانی،و قیل بالأول و هو اختیار شیخنا الشهید الثانی فی کتاب الدین من الروضه الا انه ناقض نفسه فی باب السلم من الروضه أیضا فی مسأله اشتراط قبض الثمن قبل التفرق أو المحاسبه به من دین علیه فقال بعد ذکر المصنف«لو جعل الثمن نفس ما فی الذمه بطل لانه بیع الدین بالدین»ما لفظه اما کون المسلم فیه دینا فواضح و اما الثمن الذی فی الذمه فلانه دین فی ذمه المسلم الیه انتهی. (۲)

و فیه انما صار دینا بالعقد لا قبله و هو فی کتاب الدین قد منع من کون ذلک من باب بیع الدین بالدین،حیث قال-بعد قول المصنف«و یصح بیعه ای الدین بحال لا بمؤجل ما صورته لانه بیع الدین بالدین،و فیه نظر لان الدین الممنوع منه ما کان عوضا حال کونه دینا بمقتضی تعلق الباء به،و المضمون عند العقد لیس بدین و انما یصیر دینا بعد،فلم یتحقق بیع الدین بالدین الی آخر کلامه زید فی إکرامه.

۱- ۱) الوسائل الباب-۸-من أبواب السلف الرقم-۳.

۲- ۲) اما المسلم فیه فظاهر و اما الثمن فلأنه أمر کلی ثابت فی الذمه فهو دین و ان کان غیر مؤجل منه رحمه الله.

و سؤال الفرق متجه فان المسلم فيه ايضا كذلك انما يصير دينا بعد العقد لا قبله،و بذلك يظهر ان الحكم بالبطلان فى الصوره الاولى من الصورتين المتقدمتين انما يتجه على القول بالعموم،كما هو المشهور،و اما على القول الأخر فلا،و حينئذ فموافقه الأصحاب فى البطلان هنا غفله عما اختاره،و خالفهم فيه فى تلك المسأله و على هذا فيمكن ان يقال:ان نفى البأس فى خبر إسماعيل بن عمر المتقدم انما وقع بناء على القول الثانى الذى اختاره شيخنا المتقدم ذكره من عدم دخول بيع الطعام سلما فى الدين و ان صار دينا بعد العقد فلا يدخل فى بيع الدين بالدين،و حينئذ يصح البيع سواء كان الدراهم التى جعلت ثمنا حاله أو مؤجله،و يحتمل على بعد،فى الخبر المذكور-ان وجه الصحه و نفى البأس انما هو من حيث الثمن،و ان تلك الدراهم التى فى الذمه كانت حاله،و البيع انما وقع بعد حلولها،و ان بيع الطعام سلما داخل فى الدين كما هو المشهور-و الصحه انما اتجهت من جهه كون الثمن حالا و المبيع و ان كان دينا لكن الثمن حال فلا يدخل فى بيع الدين بالدين،و الى هذا الاحتمال جنح صاحب الوافى فذكر الخبر المشار إليه فى باب بيع الدين بالدين،و اما على ما ذكرناه فالأنسب به باب السلف كما أوضحناه فى حواشينا على الكتاب المذكور.

و اما خبر قرب الاسناد فالظاهر ان المراد بقوله و سألته عن السلم فى الدين فى حال كون الثمن دينا و جوابه عليه السلام بنفى البأس«فيما إذا قال:اشتريت منك كذا و كذا بكذا و كذا»فالظاهر ان مراده كون الثمن كليا فى الذمه،لا عين ما فى الذمه و الا لقال:بما فى ذمتك،و حينئذ يصير من قبيل الصوره الثانيه المتقدمه،و تحصل المقاصه و المحاسبه بعد العقد أو التهاتر و التساقط على الوجهين المتقدمين.

و اما رجوعه عليه السلام عما افتى به أولا فى روايه إسماعيل بن عمر و نسبه نفسه الى الوهم فإنما خرج مخرج التقيه كما ينادى به سياق الكلام،و كيف كان فقد عرفت ان أصل المسأله خال من النص،و به ينقدح الإشكال فى بعض فروع

المسأله،و ان کان الاحتیاط فی الوقوف علی ما ذکروه و الله العالم.

الشرط الخامس تقدیر المبیع و الثمن بالکیل و الوزن

،و لا خلاف فیه نصا و فتوی لما تقدم فی أحکام البیع المطلق و هذا أحد أقسامه.

و من الاخبار هنا ما رواه

المشایخ الثلاثه نور الله تعالی مراقدهم عن غیاث بن إبراهیم (۱)عن ابی عبد الله علیه السلام عن أبیه علیه السلام قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام لا بأس بالسلف بکیل معلوم إلی أجل معلوم لا یسلم الی دیاس و لا الی حصاد». و الدیاس دق السنبل یخرج منه الحب.

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن محمد الحلبی (۲)فی الصحیح قال:

« سألت أبا عبد الله علیه السلام عن السلف فی الطعام بکیل معلوم قال:لا بأس به».

و ما رواه

فی الفقیه عن صفوان بن یحیی عن عبد الله بن سنان (۳)فی الصحیح و الحسن بإبراهیم بن هاشم عن ابی عبد الله علیه السلام

«قال سالته عن الرجل یسلم فی غیر زرع و لا نخل قال:یسمی کیلا معلوما إلی أجل معلوم»الحدیث.

و ما رواه

الشیخ عن الشحام (۴)عن ابی عبد الله علیه السلام

«فی رجل اشتری من رجل مأه من صفرا و لیس عند الرجل شیء منه قال:لا بأس به إذا وفی بالوزن الذی اشترط له». و رواه الصدوق بإسناده عن ابی الصباح الکنانی (۵)عن الکنانی عن ابی عبد الله علیه السلام مثله.

و فی صحیحه الحلبی (۶)عن ابی عبد الله علیه السلام

«و الزعفران یسلم فیه الرجل الدرهم فی عشرین مثقالا أو أقل أو أکثر من ذلک قال:لا بأس»الحدیث.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۸۴ الفقیه ج ۳ ص ۱۶۷ التهذیب ج ۷ ص ۲۷.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۸۴ التهذیب ج ۷ ص ۲۸.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۱۶۵.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۴۴،بتفاوت الفقیه ج ۳ ص ۱۷۵.

۵- ۵) الفقیه ج ۳ ص ۱۷۹.

۶- ۶) الکافی ج ۵ ص ۱۸۶ الفقیه ص ۱۶۶.

و لا بد فى الكيل و الوزن من المعلوميه فيما يكال به و يوزن كما صرح به فى روايه غياث المتقدمه،و صحيحه محمد الحلبى،فلا يجزى ما كان مجهولا من مكيال أو ضنج و ان تراضيا عليه،و قد تقدم الكلام فى ذلك فى البيع،و ظاهر الأصحاب هنا انه لا فرق فى ذلك بين ما يعتاد كيله و وزنه و ما يعتاد بيعه جزافا كالحطب و القصب و الحجاره و نحوها،لأن المشاهده ترفع الضرر،و فى السلم حيث كان ما سلم فيه غائبا أو معدوما فلا بد من معلوميته بأحد الوجهين ليصح العقد عليه،فعلى هذا لا يجوز السلم فى القصب اطنابا و لا-فى الحطب حزما و لا-فى المجز و رجزا لما عرفت من اختلاف المذكورات الموجب للغرر فى عقد السلف،بخلاف ما لو بيع مشاهدا فإن المشاهده ترفع الغرر عنه،و يجوز السلم فى الثوب أذرعا و ان قلنا بجواز بيعه مع المشاهده بدون الذرع،لما عرفت من ان المشاهده ترفع الغرر بخلاف ما لم يشاهد،و هل يجوز الإسلاف فى المعدود عددا قيل لا،لعدم انضباط المعدود فلا يحصل العلم بقدره بدون الوزن،و قيل بالتفصيل و عدم جواز ذلك فى مثل الرمان لحصول التفاوت فى أفراده،و جواز ذلك فى مثل الجوز و اللوز و البيض لعدم التفاوت فى بعض و قلته فى آخر بحيث يتسامح به.

و فى الدروس الحق البيض بالرمان الممتنع فيه،و على كل تقدير لا بد فى البيض من تعيين الصنف،و لا بد فى الثمن أيضا ان يكون مقدرا بالكيل أو الوزن،فلا يكفى مجهولا كقبضه من دراهم و صبره من طعام،و لا يجوز الاقتصار على مشاهدته إذا كان مما يكال أو يوزن أو يعد،اما لو كان مما يباع جزافا جاز الاقتصاد على مشاهدته كما لو بيع،و لو كان الثمن من المذروعات كالثوب فهل يكتفى بمشاهدته عن ذرعه كما لو بيع حسبما تقدم،فكذا إذا كان ثمنا أم لا بد من ذرعه،قطع الشيخ باشتراط ذرعه و توقف العلامه فى المختلف و اختار فى المسالك بناءه على جواز بيعه كذلك فان قلنا به فى البيع أجزناه هنا،و خالف المرتضى رضى الله عنه فى ذلك كله فاكتفى بالمشاهده فى الثمن مطلقا مكيلا أو موزونا أو معدودا أو مذروعا قال فى المسائل

الناصريه حيث ذكر المسأله أن معرفه مقدار رأس المال شرط فى صحه السلم،ما أعرف لأصحابنا إلى الآن نصا فى هذه المسأله،الا أنه يقوى فى نفسى أنه رأس مال السلم إذا كان معلوما بالمشاهده مضبوطا بالمعاينه لم يفتقر الى ذكر صفاته و مبلغ وزنه و عدده،و هو المعمول عليه من قول الشافعى،ثم نقل عن أبى حنيفه القول بما عليه الأصحاب من الاشتراط إذا كان مكيلا أو موزونا أو معدودا،و المشهور الأول و به صرح الشيخ فى المبسوط و الخلاف.

احتج العلامه فى المختلف للقول المشهور قال:لنا انه غرر فيكون منهيا عنه،

لأن النبى صلى الله عليه و آله (۱)

«نهى عن الغرر». و لانه عقد لا يمكن إتمامه فى الحال و لا تسليم المعقود عليه،و لا يؤمن انفساخه فوجب معرفه مقدار رأس المال ليرد بدله،و لانه لولاه لأفضى إلى التنازع و الشارع أرشد إلى المصالح النافيه للتنازع،كالشهاده و غيرها،و معلوم أن الضرر الناشى من تجهيل الثمن أشد من ضرر ترك الشهاده و لانه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقا فيفسخ العقد فى قدره،فلا يدرى كم بقى و كم انفسخ.

و نقل عن المرتضى أنه احتج بما روى

عن النبى (۲)(صلى الله عليه و آله)

«انه قال:من أسلم فليسلم فى كيل معلوم و وزن معلوم إلى أجل معلوم». فاذن النبى صلى الله عليه و آله فى السلم على هذه الصفات و لم يشترط سواها»ثم أجاب عنه بأنه بين أولا النهى عن الغرر،و من جملته جهاله الثمن،فالإذن فى السلم بعد ما بين أولا غير دال على ما ادعاه انتهى.و حاصله أن الخبر مطلق يجب تقييده بما دل على النهى عن الغرر.

و بالجمله فالظاهر هو القول المشهور لأنه الأنسب بالقواعد الشرعيه و الضوابط المرعيه مع موافقته للاحتياط المطلوب فى الدين كما لا يخفى على الحاذق المكين.

۱- ۱) الوسائل الباب ۴۰ من أبواب آداب التجاره الرقم ۴.

۲- ۲) المستدرک ج ۲ ص ۴۷۸.

و یمکن أن یستدل علی ذلک زیاده علی ما ذکر بما رواه

فی الکافی عن ابی مریم الأنصاری (۱)فی الصحیح عن ابی عبد الله علیه السلام

«أن أباه لم تکن یری بأسا بالسلم فی الحیوان بشیء معلوم إلی أجل معلوم». فان الظاهر ان الشیء المعلوم عباره عن الثمن بمعنی أنه یشتریه سلما بشیء معلوم،و من الظاهر ان المعلومیه فی المکیل لا یتحقق الا بکیله و الموزون الا بوزنه و هکذا فی المعدود و الله العالم.

الشرط السادس اعتبار الأجل بما لا یحتمل الزیاده و النقصان

اشاره

،فلو ذکر أجلا مجهولا کان یقول:حتی أردت أو ما یحتمل الزیاده و النقصان کقدوم الحاج أو إدراک الثمن کان باطلا،و قد تقدم ما دل علیه فی روایه غیاث بن إبراهیم و صحیحه الحلبی و صحیحه عبد الله بن سنان أو حسنته و نحوها قوله علیه السلام فی روایه أبی مریم الأنصاری المتقدمه بشیء معلوم إلی أجل معلوم و فر له علیه السلام فی

روایه قتیبه الأعشی (۲)

«أ لیس یسلم فی أسنان معلومه إلی أجل معلوم قلت:بلی قال:لا بأس». الی غیر ذلک من الاخبار المؤیده باتفاق الأصحاب.

و تحقیق الکلام فی هذا المقام یقع فی مواضع

الأول [حکم ما لو اشتراه حالا]

-قال فی الشرائع و لو اشتراه حالا-قیل یبطل،و قیل یصح،و هو المروی،لکن یشترط أن یکون عام الوجود فی وقت العقد أقول قال الشیخ فی النهایه لو أخل بالأجل کان البیع غیر صحیح،و فی الخلاف السلم لا یکون إلا مؤجلا،و لا یصح أن یکون حالا،و تبعه ابن إدریس و هو قول ابن أبی عقیل.

قال فی المختلف بعد نقل ذلک و التحقیق أن نقول ان قصد السلم وجب-الأجل،و اما لو قصد الحال مثل ان یقول أسلمت إلیک هذا الدینار فی هذا الکتاب أو فی قفیز حنطه فالأقرب الصحه،و ینعقد بیعا مطلقا،لا سلما،لنا أن البیع جزء من السلم و یصح إطلاق اسم الکل علی جزئه فإذا قصداه وجب انعقاده عملا بالقصد، و لانه عقد یصح مؤجلا فیصح حالا لبیوع الأعیان،و لأنه إذا جاز مؤجلا کان الحال

ص: ۲۳

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۲۰.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۲۰.

أولی بالجواز،لانه من الغرر أبعد،ثم نقل عن الشیخ انه احتج بإجماع الفرقه، و بالإجماع علی الصحه مع الأجل،و ما عداه لا دلیل علیه،و بما رواه

ابن عباس (۱)عن النبی صلی الله علیه و آله

«أنه قال:من أسلف فلیسلف فی کیل معلوم و أجل معلوم». و الأمر یقتضی الوجوب،و لأنه أمر بهذه الأمور تثبیتا للسلم،و لهذا لا یصح إذا انتفی الکیل أو الوزن،فکذا الأجل،ثم أجاب بالقول بموجب هذه الأدله قال:لأنا نسلم ان مع قصد السلم یجب ذکر الأجل،و لیس صوره النزاع،بل البحث فیما لو تبایعا حالا بحال بلفظ السلم انتهی.

و ظاهر کلامه(قدس سره)أن محل الخلاف فی هذه المسأله صحه و بطلانا انما هو فیما إذا تبایعا بقصد الحلول،سواء صرح به فی العقد أم لم یصرح به،فإنه هل یکون بیعا کسائر أفراد البیوع و ان وقع بلفظ السلم کما اختاره،أو یکون باطلا بناء علی أن وضع السلم علی التأجیل.و أنت خبیر بأنه علی هذا التقدیر یرجع الی الخلاف المتقدم فی صدر البحث فی أن البیع المطلق هل ینعقد بلفظ السلم أم لا، فعلی القول بالانعقاد کما هو المشهور تثبت الصحه هنا،و علی العدم العدم.

و ظاهر عباره المحقق المتقدمه أن موضع الخلاف انما هو فیما إذ قصد السلم لا البیع المطلق،و أخل بذکر الأجل علی ذلک التقدیر و أظهر منها عباره الشهید فی الدروس حیث قال:الثالث ان یکون المسلم فیه دینا (۲)لانه موضوع لفظ السلم لغه و شرعا،فلو أسلم فی عین کان بیعا،و لو باع موصوفا کان سلما نظرا الی المعنی فی الموضعین

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۴۸۷.

۲- ۲) قال المحقق الشیخ علی فی شرح القواعد-بعد قول المصنف الخامس کون المسلم فیه دینا الی آخره-ما لفظه و ذلک لان السلم لا یکون إلا مؤجلا،فإذا وقع حالا امتنع کونه من افراد السلم،و کون العین موصوفه لا یصیره سلما لانتفاء الأجل،و لکن سیأتی أنه لا بد من التصریح بالحلول.انتهی و هو ظاهر فی خلاف ما اختاره فی الدروس من کون ذلک سلما و أنه لیس الأجل شرطا فی السلم مطلقا.منه رحمه الله.

و ليس المانع من السلف فى العين اشتراط الأجل الذى لا يحتمله العين،لأن الأصح انه لا يشترط الأجل،نعم يشترط التصريح بالحلول و عموم الوجود عند العقد،و لو قصد الحلول و لم يتلفظا به صح أيضا،و لو قصد الأجل اشترط ذكره،فيبطل العقد بدونه و لو أطلقا العقد حمل على الحلول انتهى.

و ظاهره أن الأصح أنه لا يشترط الأجل فى السلم بقول مطلق لجواز السلم فى العين حالا بالشرطين المذكورين،و انما يشترط ذكر الأجل فيه فيما إذا قصد التأجيل و خلاف الأصح هو اشتراط الأجل فى السلم مطلقا،كما هو ظاهر كلام الشيخ المتقدم و من تبعه،و استجود فى المسالك أن هذا هو محل الخلاف دون الأول.

و الظاهر ان الروايه التى أشار إليها فى عباره الشرائع هى ما رواه

الصدوق فى الفقيه عن عبد الرحمن بن الحجاج (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشترى الطعام من الرجل ليس عنده،فيشترى منه حالا قال:ليس به بأس قلت:

انهم يفسدونه عندنا،قال:و أى شيء يقولون فى السلم؟قلت:لا يرون به بأسا، يقولون هذا إلى أجل،و إذا كان الى غير أجل و ليس عند صاحبه فلا يصلح،فقال:

إذا لم يكن أجل كان أجود،ثم قال:لا بأس بأن يشترى الطعام و ليس هو عند صاحبه إلى أجل،و حالا (۲)لا يسمى له أجلا،الا أن يكون بيعا لا يوجد مثل العنب و البطيخ و شبهه فى غير زمانه.فلا ينبغى شراء ذلك حالا».

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۱۷۹ التهذيب ج ۷ ص ۴۹.

۲- ۲) الذى فى التهذيب فى هذه الروايه«قال:لا بأس بان يشترى الطعام و ليس هو عند صاحبه إلى أجل،فقال لا يسمى له أجلا»فأبدل لفظ«و حالا»كما فى الفقيه بلفظ «فقال»و لا ريب انه غلط من قلمه،و العجب انه فى الوافى نقل الروايه عن الكتابين بلفظ(فقال)مع ما عرفت فيه من الاختلال،و لم ينبه على ما فى الفقيه،و كذا فى بعض نسخ التهذيب ايضا و هو الأصح-منه رحمه الله.

أقول:و الـذی یقرب عندی أنه لا ثمره فی هذا الخلاف علی کل من التقدیرین المذکورین،و ملخص الکلام فی المقام أنه اما ان قلنا بوقوع البیع بلفظ السـلم کما هو المشـهور فلا مانع من البیع حالا بهـذا اللفظ،و الا فلا،و علی هـذا لو تبایعا بهـذا اللفظ بشـرط الحلول بنی فی الصـحه و البطلان علی الخلاف المـذکور،و أما لو قصـد السـلم الـذی هو عباره عن شـراء ما فی الذمه فلا بد من الأجل و لا یصـح بدونه کما صـرح به الشـیخ و اتباعه،و الیه أشار فی الدروس فی صدر العباره المنقوله،و اما قوله فی الدروس«و لیس المانع من السـلف فی العین اشتراط الأجل»الی آخره فإنه لا یخرج عما ذکرناه من جواز البیع و الاشتراء بلفظ السلم کما هو المشـهور،و الروایه المـذکوره لا ـ دلا ـله فیهـا علی أزیـد من جواز بیع الإنسـان مـا لیس عنـده بشـرط أن یکون عـام الوجود وقت العقد،و مثلها فی هذا المعنی أخبار عدیده و لا إشاره فی شیء منها فضلا عن التصریح بکون ذلک سلما.

نعم المفهوم من الاخبـار أن البیع قـد یقع علی مـا فی الـذمه من غیر اشتراط التأجیـل بـل قصـد الحلول کمـا دلت علیه الأحادیث المـذکوره،و قـد یقع مع اشتراط التأجیل و هو السـلم المشـهور و قـد یقع علی العین المشـخصه الموجوده،فإن أرید أن الأول من حیث کونه فی الذمه یطلق علیه السلم کالثانی و یسمی سلما فلا مشاحه فی ذلک.

و

الثانی [کون الأجل معلوما للمتعاقدین علی وجه یکون مضبوطا فی نفسه]

قـالوا:و لا ـ بـد أن یکون الأجـل معلوما للمتعاقـدین علی وجه یکون مضـبوطا فی نفسه بما لا یحتمل الزیاده و النقصان،فلا یکفی تعینه فی نفسه بحیث یحتاج إلی مراجعه غیرهما فی معرفته کالنیروز الذی هو عباره عن انتهاء الشمس إلی أول برج الحمل،و هو الاعتـدال الربیعی،و المهرجان الذی هو عباره عن انتهائها إلی أول برج المیزان و هو الاعتدال الخریفی و لو قال:الی جمادی فهل یحمـل علی أقربهمـا و یکون العقـد صـحیحا أم لا ـ لکون اللفظ مشترکا و احتمال الأمرین متساویا فلا یمکن حمل الإطلاق علی أحدهما وجهان بل قولان:للأول أنه قد

علق العقد على هذا الاسم و بدخول الأول من الشهرين يصدق الاسم فلا يعتبر غيره فيكون الإطلاق دالا عليه بالتقريب المذكور فيحمل عليه و يصح العقد.

و للثانى ما تقدم من أن اللفظ مشترك و محتمل لهما معا فلا يمكن حمل الإطلاق على أحدهما،و هل يكون الحكم كذلك فيما لو شرط التأجيل إلى يوم معين من أيام الأسبوع كالخميس و الجمعه أم لا،فرق فى التذكره فحكم فى اليوم بحمله على الأول،لدلاله العرف عليه،و تردد فى الأول،و احتمل فى المسالك التساوى بينهما فى الحمل على الأول.

و التحقيق أن يقال:أنه ان كان فهم المتعاقدين متفقا على إراده الأول فلا إشكال فى الصحه،و حمل إطلاقهما عليه،لان قصد ذلك فى قوه ذكره فى اللفظ و الا كان باطلا،سواء اعتقد نقيضه أم لا،لان ما جعلا،من الأجل محتمل للزياده و النقصان فلا يمكن حمل الإطلاق على أحدهما.

الثالث [حمل الشهر على الهلالى]

يحمل الشهر على الهلالى إن اتفق التأجيل فى أوله سواء كان ثلاثين يوما أو أقل،و على ثلاثين يوما ان اتفق فى الأثناء،و يعتبر فى الأوليه و الأثناء العرف لا الحقيقه لانتفائها غالبا أو دائما،إذ لا يتفق المقارنه المحضه لغروب الشمس ليله الهلال،فعلى هذا لا يقدح فيه نحو اللحظه،و الظاهر أن الساعه غير قادحه ايضا،أما نصف الليل فقد صرحوا بأنه قادح،فيرجع حينئذ إلى العدد.

و لو قال:الى شهر كذا حل بأول جزء منه ليله الهلال،و الغايه و ان اختلفت دخولا و خروجا (1)الا أن العرف هنا قاض بالخروج فيحكم به لانه المرجع حيث لا حقيقه شرعيه،كما أنه قاض بالدخول لو قال:الى شهر و أطلق،فإنه يتمه بآخره و يكون الغايه داخله،و الوجه فيه انه لولا ذلك للزم خلو السلم عن الأجل.

1- 1) فإنها قد تكون داخله،كما إذا قلت قرأت القرآن الى آخره،و قد تكون خارجه،كقوله سبحانه «ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيٰامَ إِلَى اللَّيْلِ» و قد تكون محتمله لكل من الأمرين كغسل اليد الى المرفق منه رحمه الله.

و لو قال:الی شهرین فان کان فی أول شهر فلا اشکال و لا خلاف فی انه یعد شهرین هلالیین،لأن الأصل فی الشهر عند الإطلاق هو الهلالی،و انما یعدل عنه إلی العددی عند تعذر حمله علی الهلالی.

و ان کان فی الأثناء فأقوال أحدها اعتبار الشهرین المذکورین بالهلالی، اما الثانی فظاهر لوقوعه بأجمعه هلالیا،و اما الأول فلصدق معنی القدر الحاصل منه عرفا کنصفه و ثلثه مثلا،فیتم من الثالث قدر ما فات منه حتی لو کان ناقصا کفی إکمال ما یتم تسعه و عشرین یوما،لان النقص جاء فی آخره،و هو من جمله الأجل و الثابت من الأول لا یختلف بالزیاده و النقصان،و هذا القول نقله المحقق فی الشرائع.

و ثانیها اعتبار ما عدا الأول هلالیا و أنه یتمم الأول ثلاثین یوما،و الوجه فیه اما بالنسبه إلا ما عدا الأول فلصدق الهلالی،و قد عرفت ان الأصل فی الشهر ذلک، و اما بالنسبه إلی الشهر الأول المکسور فلأنه بإهلال الثانی لا یصدق علیه انه شهر هلالی فیکون عددیا،و لا یمکن اعتبار الجمیع بالهلالی لئلا یلزم اطراح المنکسر و تأخر الأجل عن العقد مع الإطلاق،و حینئذ فیکمل الأول ثلاثین یوما بعد انقضاء المقصود من الهلالی من شهر أو أکثر قال فی المسالک و هو قول الأکثر.

أقول:و هو اختیار المحقق فی الشرائع و شیخنا الشهید الثانی فی المسالک و نقله فی المختلف عن الشیخ ایضا و هو الأوفق بالقواعد المقرره.

و ثالثها انکسار الجمیع بکسر الأول فیقدر الکل بالعدد ذهب الیه الشیخ فی أحد قولیه،و نفی عنه البعد فی المختلف قال:و لا استبعد بکونها کلها عددیه بناء علی المتعارف من الحمل علیه عند قرب الهلال،و فیه ما یأتی ذکره إنشاء الله(تعالی)،و الوجه فی هذا القول أن الشهر الثانی لا یعقل دخوله الا بعد انقضاء الأول،فالأیام الباقیه اما ان لا تحتسب من أحدهما أو من الثانی و کلاهما محال،أو من الأول فلا یعقل دخول الثانی حتی یتم الأول بعدد ما فات منه من الثانی فینکسر الثانی و هکذا،و فیه-زیاده

على ما تقدم-أن الأشهر الباقيه يمكن إجراؤها على حكم الأصل،و هو الاعتبار بالهلال إذ لا مانع منه فيتعين الحمل عليه،و لا يلزم إكمال الشهر الأول المنكسر من الذى يليه بلا فاصله لصدق الإكمال مما بعده سواء كان مما يليه أو يتأخر عنه،إذ لا محذور لازم من الإكمال من غيره،بخلاف ما لو أكمل من الـذى يليه فإنه يلزم اختلال الشـهر الهلالى مع إمكان اعتباره بالهلالى،و لأن الأجل إذا كان ثلاثه أشـهر مثلا فبعد مضـى شهرين هلاليين و ثلاثين يوما ملفقه من الأول و الرابع يصدق أنه قد مضى ثلاثه أشهر عرفا فيحل الأجل،و الا كان أزيـد من المشترط،و لأنه إذا وقع العقـد فى نصف الشـهر مثلا و مضـى بعـده شـهران هلاليان يصـدق انه مضـى من الأجل شـهران و نصف، فيكفى إكمالها خمسه عشـر يوما لصـدق الثلاثه معها،و هـذا أمر ثابت فى العرف حقيقه و الله العالم.

الشرط السابع-غلبه الوجود وقت الحلول إذا اشترط الأجل

كما هو الأشـهر الأظهر،و المراد غلبه الوجود فى البلـد الذى شـرط تسـليمه فيه،أو بلد العقد حين يطلق على أحد الأقوال الاتيه.أو فيما قاربه بحيث ينتقل إليه عاده،و ظاهر الأكثر انه لا يكفى وجوده نادرا،و فى القواعـد جعل الشـرط إمكان وجوده (1)فى ذلك الوقت و هو يشـعر بـدخول النـادر و تأولوه بما يرجع الى قول الأكثر،و لم نقف فى أصل هـذا الشـرط على دليل واضـح،بل ربما الظـاهر من الاخبـار مـا ذكره القواعـد و لم أقف على مخالف لما ذكروه فى هـذا المقام سوى المحقق الأردبيلى طاب ثراه حيث قال بعد قول المصـنف«و غلبه وجوده وقت الحلول»ما لفظه هذا هو الثامن من الشروط و دليله غير واضح بل الظاهر عدم ذلك و الاكتفاء بإمكان وجوده كما هو ظاهر

---

1 - 1) قـال المحقـق الشـيخ على فى شـرح القواعـد:المراد بإمكـان وجـوده كـونه بحيث يوجـد كـثيرا عـاده بحيث لاـ ينـدر تحصـيله،فالمراد بإمكان وجوده عاده هو الـذى لا يعز وجوده انتهى،و لا يخفى ما فيه من التكلف و الخروج عن ظاهر العباره.منه رحمه الله.

عباره القواعد و التذكره على ما نقل فى شرح الشرائع (۱)بمعنى القدره على تسليم المبيع حين الأجل بناء على ظنه،كما تشعر به عباره الدروس حيث جعل الشرط القدره على التسليم عند الأجل و يؤيده ما

فى موثقه عبد الرحمن بن الحجاج (۲)عن ابى عبد الله(عليه السلام) قال:

«لا بأس بان يشترى الطعام و ليس هو عند صاحبه إلى أجل، و حالا لا يسمى أجلا الا ان يكون بيعا لا يوجد مثل العنب و البطيخ و شبهه فى غير زمانه فلا ينبغى شراء ذلك حالا».

و صحيحه زراره (۳)

«قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل اشترى طعام قريه بعينها؟فقال:لا بأس ان خرج فهو له و ان لم يخرج كان دينا عليه.

و روايه خالد بن الحجاج (۴)عن ابى عبد الله عليه السلام

فى الرجل يشترى طعام قريه بعينها،و ان لم يسم له قريه بعينها أعطاه من حيث شاء».

و هما يدلان على جواز اشتراط القريه المعينه،و المشترطون غلبه وجود المسلم فيه لا يقولون به،بل صرحوا بأنه لو شرطت بطل السلم،و يظهر ان ظن الوجود و إمكانه حين الأجل فى الجمله يكفى،و لا شك فى حصول الظن بحصول غله قريه و ان كانت صغيره،بل و لو أرضا معينه قليله،و لهذا يتكل صاحبها على غله تلك الأرض،و لا يزرع غيرها ظنا بأنه يحصل له منها غله،و يبيع و يشترى رجاء للوفاء منها،و كذا غزل امرأه معينه،و لا اعتبار بإمكان موتها لحصول الظن بالحياه للاستصحاب،و لهذا يكتب إليها كتابه و يبعث إليها هدايا بعد الغيبه بمده طويله

۱- ۱) أقول الموجود فى شرح الشرائع انما هو النقل عن القواعد،و اما عن التذكره فليس فيما حضرنى من نسخ المسالك له اثر و لعله كان فى النسخ التى كانت عنده(قدس سره)و الله العالم:منه رحمه الله.

۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۱۷۹ التهذيب ج ۷ ص ۴۹.

۳- ۳) الوسائل الباب-۱۲-من أبواب السلف الرقم-۱ الفقيه ج ۳ ص ۱۳۲.

۴- ۴) الكافى ج ۵ ص ۱۸۷ التهذيب ج ۷ ص ۳۹.

و بمثل هذا جعل الاستصحاب دليلا فعدم صحه مثله على ما قالوه محل التأمل انتهى و هو جيد وجيه.

المقام الثانى فى الأحكام

اشاره

و فيه مسائل

[المسأله] الأولى [الخلاف فى اشتراط ذكر موضع التسليم فى العقد]

-اختلف الأصحاب(رضوان الله عليهم)فى اشتراط ذكر موضع التسليم فى العقد-مع اعتراف جمله منهم بأنه لا نص فيه-على أقوال:أحدها اشتراطه مطلقا،و هو مذهب الشيخ فى الخلاف،و تبعه عليه جمع ممن تأخر عنه،و استقر به الشهيد(رحمه الله عليه)و عللوه بان مكان التسليم مما يختلف فيه الأغراض،و يختلف باختلافه الثمن و الرغبات،فإنه قد يكون بعيدا من المشترى و لا يرغب فى تكثير الثمن،و لا فى الشراء على بعض الوجوه،و قد يكون قريبا فينعكس الحكم،و كذا القول فى البائع.

أقول فيه ما أشرنا إليه فى غير مقام مما تقدم من ان مثل هذه التعليلات لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعيه،على انه لو صلح كون ذلك عله كما ذكروه لما خفى على الأئمه (صلوات الله عليهم)فكيف لم ينبهوا عليه،و لم يذكروا فى شروط السلم موضع التسليم،كما ذكروا غيره مما تقدم ذكره،أ رأيت انهم(رضوان الله عليهم)اهتدوا الى ما لم يهتد إليه الأئمه(صلوات الله عليهم)على تطاول مدتهم و أزمانهم،و لم يهتد إليه أحد من نقله اخبارهم،بل الحق ان ذلك انما هو من باب اسكتوا عما سكت الله عنه،كما فى جمله من الاخبار (١).

١- ١) و هكذا ما ذكروه ايضا من ان المطالبه بالمبيع فرع ثبوته فى الذمه و استحقاق المطالبه و ذلك فى السلم المؤجل غير معلوم،لأنه انما يكون عند الحلول،و لا يعلم فى أى مكان يتحقق الحلول على البائع،و لهذا يفرق بينه و بين القرض حيث الصرف الى مكان العقد و كذا البيع لا يلزم مثله فى بيع النسيئه لخروجه بالإجماع على عدم اشتراط تعيين محله،و الا لكان الدليل قائما فيه فلا يلحق به المختلف فيه انتهى و فيه ان ما ذكروه كله مبنى على ما اصطلحوا عليه و ذكروه فى التعليلات التى من هذا القبيل و الا فلا نص فى شيء من ذلك،و الواجب مع الحلول ما حل عليه فى أى مكان كان و فى سلف أو بيع أو قرض،و الفرق بين بعضها و بعض فى الأمكنه لا اعرف عليه دليلا واضحا و الله العالم منه رحمه الله.

و ثانيها عـدمه مطلقا و هو ظاهر الشـيخ فى النهايه و اختاره العلامه فى التحرير و الإرشاد و المحقق فى الشـرائع و جمع آخرون و هو ظـاهر ابن ابى عقيـل على مـا نقله فى المختلف و وجهه مضافـا الى أصـاله العـدم إطلاـق الأوامر بالوفاء بالعقود«و حل البيع»و الإجماع على عدم اشتراطه فى باقى أنواع البيع و ان كان مؤجلا و هذا هو الأظهر عندى.

و اختـار هـذا القول ابن إدريس و ادعى عليه الإجمـاع،قـال:و ليس من شـرط صـحه السـلم ذكر موضع التسـليم بغير خلاـف بين أصـحابنا و الأصل براءه الـذمه و قوله تعالى «وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» و هـذا بيع و قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و ما ذكره الشـيخ فى الخلاف لم يـذهب إليـه أحـد مـن أصـحابنا و لاـ ورد به خـبر عن أئمتنـا(عليهم السـلام) و انمـا هـو أحـد قـولى الشـافعى اختـاره شـيخنا أبو جعفر(رحمـه الله عليـه)ا لاـ تراه فى اسـتدلاله لم يتعرض بإجمـاع الفرقه و لاـ أورد خـبرا فى ذلـك لاـ من طريقنـا و لاـ من طريق المخالفين.

و اعترضه العلاـمه فى المختلف فقال:و من العجب قول ابن إدريس انه لا يشترط بغير خلاف بين أصـحابنا،مع وجود ما نقلناه من الخلاـف بين أصـحابنا و قوله الأصـل براءه الـذمه يعـارضه أصـاله بقـاء المال على صاحبه، «وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» مصـروف الى البيع الصحيح دون الفاسد،و نحن نمنع من صحه المتنازع فيه.

و كذا قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و نسـبه ما ذكره الشـيخ فى الخلاف الى أحد قولى الشافعى و ليس قولا لأحد من أصحابنا يدل على قله معرفته بمواضع الخلاف،و قوله لم يوجد فى أحاديث أصحابنا و لا غيرهم ممنوع،لأنهم عليهم السلام نصوا

على اشتراط الوصف،و هو يتناول المكان،لأن الأين من جمله الأوصاف اللاحقه بالماهيه،فكون الشيخ لم يستدل بالإجماع و لا بالاخبار لا يدل على بطلان الحكم، لإمكان الاستدلال عليه بغيرها انتهى.

أقول:لا يخفى عليك ما فيه من الوهن الظاهر لكل ناظر،و لا سيما معارضته لأصاله براءه الذمه بأصاله بقاء المال على صاحبه،فان هذه الأصاله يجب الخروج عنها بالأدله العامه و الخاصه بالسلف،من الآيات و الروايات الداله على حل البيوع، و صحتها بجميع أنواعها-و خصوصا أخبار بيوع السلف حيث أنها خاليه عن ذلك-الا ما قام الدليل الواضح على فساده،و كان الواجب عليه اقامه الدليل على فساد البيع فى موضع البحث،ليتجه له تخصيص تلك الأدله،و الا فتخصيصها بمجرد الدعوى مصادره محضه،و مجازفه ظاهره،و أضعف من ذلك دعواه دلاله الاخبار على ذلك،بتقريب أنها دلت على اشتراط الوصف،و المكان من جمله الأوصاف،فإن الوصف عندهم انما هو عباره عما يفرق به بين أصناف النوع كما تقدم ذكره فى كلام الدروس.

و لهذا انهم عدوا من الشروط الوصف على حده،و عدوا ذكر موضع التسليم على حده،على أنك قد عرفت مما أشرنا إليه آنفا أنه ليس فى الاخبار ما يدل على استقصاء الأوصاف على الوجه الذى ذكروه،حتى أنه يتعدى الى ما يحمله هنا،و ادعى أنه من جمله الأوصاف،و بالجمله فإن كلامه(قدس سره)انما هو محض تعصب على ابن إدريس كما هو عادته،و قبله المحقق«عطر الله مرقديهما»، من الرد عليه غالبا بما هو حق تاره و باطل أخرى.

و ثالثها التفصيل بأنه ان كان فى حمله مؤنه وجب تعيين محل حمله،و الا فلا، و ذهب اليه الشيخ فى المبسوط و ابن حمزه،و وجهه ظاهر مما تقدم فى القول الأول، فإن الأغراض إنما تختلف فى محل يفتقر الى المؤنه،و أما غيره فلا،و فيه ما أوردناه على القول الأول.

ص :٣٣

و رابعها التفصيل أيضا لكن بنحو آخر،و هو أنه ان كانا فی بریه أو بلد غربه قصدهما مفارقته اشترط تعیینه،و الا فلا،اختاره العلامه فی القواعد و المختلف، و الوجه فیه ما ذکره فی المختلف قال:لنا انهما متی کانا فی بریه أو بلد لا یجتمعان فیه لم یمکن التسلیم فی مکان العقد،و یتعین غیره،و لیس أحد الأمکنه أولی من الأخر،و ذلک یفضی الی التنازع لجهالته،و أما إذا کانا فی بلد یجتمعان فیه فان إطلاق العقد یقتضی التسلیم فی بلده،و لأن فی تعیین المکان غرضا و مصلحه لهما فالأشبه تعیین الزمان.

أقول:و فیه ما تقدم فی القول الأول،و یزید هنا بأن مبنی الاشکال الذی أوجب له القول بالتفصیل المذکور هو ما ذکروه من أن إطلاق العقد یقتضی وجوب التسلیم فی مکان العقد،و هذا مما لم نقف له علی دلیل من النصوص،لا بالعموم و لا الخصوص،بل الواجب مع حلول الدین هو الأداء فی أی مکان کان،و سیأتی- إنشاء الله تعالی-ما فیه مزید إیضاح لما ذکرنا و بیان.

و خامسها أنه ان کان لحمله مؤنه أو لم یکن المحل صالحا کالقریه اشترط تعیینه و الا فلا،و هو خیره العلامه فی التذکره،و وجهه مرکب من القولین السابقین علیه.

قال فی المسالک بعد نقل الأقوال المذکوره (1):و لکل من الأقوال وجه،الا أن الأخیر یضعف السابقین علیه،و یبقی الإشکال فی ترجیح أحد الثلاثه،فأصاله البراءه و حمل الإطلاق فی نظائره علی موضع العقد یرجح الأول،و اختلاف الأغراض و عدم الدلیل الدال علی تعیین موضع العقد فی المتنازع یؤید الثانی، و وجه الأخیر ظاهر و لا ریب أن التعیین مطلقا أولی،و انا فی ترجیح أحدهما من

١- ١) أقول صوره نقل شیخنا المذکور للأقوال حسبما ذکرنا الا انه جعل الأول هو الثانی و الثانی أولا و باقی الأقوال الثلاثه حسبما أوردناه من الترتیب و به ینکشف غشاوه الإجمال عن عبارته التی نقلناها فی الأصل-منه رحمه الله.

المترددين انتهى.

أقول و التحقيق أن ما ذكروه من هذه التعليلات فيما عدا القول الأول غايه ما تفيده الأولويه دون الوجوب كما يدعونه،فإن الأحكام الشرعيه من الوجوب و التحريم و نحوهما لا تثبت بمثل هذه التخريجات،بل لا بد فيها من التعليل الشرعى الواضح من آيه أو روايه،و الا كان قولا على الله بغير علم،و قد استفاضت الآيات و الروايات بالمنع منه و الزجر عنه،و التحقيق عندى فى هذا المقام هو ما ذكره المحقق الأردبيلى(قدس سره)و ان كان قد هجس بفكرى قبل الوقوف على كلامه (قدس سره)حيث قال بعد قول المصنف«و ليس ذكر موضع التسليم شرطا»ما صورته:

دليل عدم الاشتراط هو عموم أدله جواز هذا البيع و خصوصها مع خلوها عن سبب اشتراط ذكر موضع التسليم مع عدم المانع،و الجهاله و احتمال النزاع و اختلاف الأغراض يندفع بانصرافه الى موضع يقتضيه العرف،كما فى سائر البيوع و العقود خصوصا النسيئه.

نعم الأحوط ذلك خصوصا مع وقوعه فى موضع يعلمان مفارقته قبل حلول الأجل،أو يحتاج نقله إلى مؤنه و لم تكن عاده،فإن كان مقتضى العاده و القرينه شيئا و الا انصرف الى موضع الحلول،لان مقتضى العقد وجوب تسليم المبيع عند الحلول فى أى مكان كان مع وجود المسلم فيه عاده،و عدم قرينه إراده خلافه، و لكن ظاهر كلام الأصحاب أن موضع التسليم موضع العقد،فان كان لهم دليل من الإجماع و الا فالظاهر ما مر لما مر.انتهى و هو جيد نفيس.

المسأله الثانيه لو أراد بيع ما أسلف فيه

اشاره

فهنا صور،احديها بيعه قبل حلول الأجل حالا،و الظاهر أنه لا خلاف فى عدم الجواز لعدم استحقاقه له (۱).

۱- ۱) أقول عبائر جمله الأصحاب حتى الأصحاب المتون انه لا يجوز بيعه قبل حلوله و هو أعم من أن يكون المبيع حالا أو مؤجلا،و الثمن ايضا حالا أو مؤجلا،و قال فى المهذب:الدين المؤجل منع ابن إدريس من بيعه مطلقا و ادعى عليه الإجماع،و أجاز العلامه بيعه على من هو عليه،فيباع بالحال لا بالمؤجل انتهى.و تعليل المحقق المشار إليه فى الأصل فى الصوره الثانيه بلزوم منع من الدين انما يتجه فيما إذا كان الثمن مؤجلا و اما لو كان نقدا فلا،و المدعى فى كلامهم أعم من ذلك كما عرفت-منه رحمه الله.

و ثانیها الصوره المذکوره الا ـ انه یبیعه مؤجلا،و ظاهر الأصحاب العدم ایضا، قال بعض المحققین بعد نقل ذلک عنهم:و کان دلیله الإجماع،و احتمال دخوله تحت بیع الدین بالدین،ثم قال:فتأمل خصوصا علی من هو علیه،لانه مقبوض له انتهی.

و ثالثها بیعه بعد الحلول و بعد القبض،و لا خلاف فی صحه البیع.

و رابعها بعد الحلول و قبل القبض،و المشهور أنه یجوز بیعه من البائع بزیاده و نقصان،سواء کان من جنس الثمن أم لا،و منع الشیخ فی التهذیب من بیعه بعد الأجل بجنس الثمن مع الزیاده،و به قال ابن الجنید و ابن ابی عقیل و ابن البراج و ابن حمزه،و الروایات فی هذه الصوره لا یخلو من اختلاف،فالواجب أولا نقل ما وصل إلینا منها ثم الکلام فیما یحصل به الجمع بینها.

الاولی ما رواه

الشیخ فی التهذیب فی الصحیح عن محمد بن قیس (۱)عن ابی جعفر علیه السلام قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام من اشتری طعاما أو علفا إلی أجل فلم یجد صاحبه و لیس شرطه الا الورق،فان قال:خذ منی بسعر الیوم ورقا فلا یأخذ إلا شرطه،طعامه أو علفه،فان لم یجد شرطه و أخذ ورقا لا محاله قبل ان یأخذ شرطه فلا یأخذ إلا رأس ماله،لا تظلمون و لا تظلمون». و روی هذه الروایه فی الاستبصار بإسقاط قوله فلم یجد الی قوله فان لم یجد و هو أوضح.

الثانیه ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح عن محمد بن قیس (۲)

۱- ۱) التهذیب ج ۷-ص ۳۲ الاستبصار ج ۳ ص ۷۵.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۲۰ التهذیب ج ۷ ص ۳۲.

عن أبی جعفر علیه السلام قال: «قال أمیر المؤمنین(علیه السلام)فی رجل أعطی رجلا ورقا فی وصیف إلی أجل مسمی فقال له صاحبه:لا أجد لک وصیفا خذ منی قیمه وصیفک الیوم ورقا قال:لا یأخذ إلا وصیفه أو ورقه الذی أعطاه أول مره لا یزاد علیه شیئا».

الثالثه ما رواه

فی التهذیب عن الحلبی (۱)فی الصحیح عن ابی عبد الله علیه السلام قال:

«لا بأس بالسلم فی الحیوان إذا سمیت الذی تسلم فیه فوصفته،فان وفیته و الا فأنت أحق بدراهمک».

الرابعه-ما رواه

فی الکافی و الفقیه فی الصحیح عن الحلبی (۲)عن ابی عبد الله علیه السلام

«أنه سئل عن الرجل یسلم فی الغنم ثنیان و جذعان و غیر ذلک الی أجل مسمی قال:لا بأس ان لم یقدر الذی علیه الغنم علی جمیع ما علیه،ان یأخذ صاحب الغنم نصفها أو ثلثها أو ثلثیها و یأخذ رأس مال ما بقی من الغنم دراهم».

الخامسه-ما رواه

الشیخ عن علی بن جعفر (۳)قال:

«سألته عن رجل له علی آخر تمرا و شعیر أو حنطه أ یأخذ بقیمته دراهم؟قال:إذا قومه دراهم فسد،لأن الأصل الذی یشتری به دراهم،فلا تصلح دراهم بدراهم».

السادسه ما رواه

فی التهذیب عن یعقوب بن شعیب (۴)فی الصحیح قال:

« سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل یسلف فی الحنطه و التمر بمأه درهم فیأتی صاحبه حین یحل له الذی له فیقول:و الله ما عندی إلا نصف الذی لک فخذ منی ان شئت بنصف الذی لک حنطه،و بنصفه ورقا فقال:لا بأس إذا أخذ منه الورق کما أعطاه».

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۱.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۲۱.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۳۰.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۳۲.

السابعه ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح عن أبان (۱)عن بعض، أصحابنا عن أبی عبد الله علیه السلام،

«فی الرجل یسلف الدراهم فی الطعام إلی أجل فیحل الطعام فیقول:لیس عندی طعام،و لکن انظر ما قیمته فخذ منی ثمنه قال:

لا بأس بذلک».

الثامنه ما رواه

الشیخ عن الحسن بن علی بن فضال (۲)قال:

«کتبت الی ابی الحسن علیه السلام الرجل یسلفنی فی الطعام فیجیء الوقت و لیس عندی طعام أعطیه بقیمته دراهم؟قال:نعم».

التاسعه ما رواه

عن علی بن محمد (۳)قال:

«کتبت الیه رجل له علی رجل تمر أو حنطه أو شعیر أو قطن فلما تقاضاه قال:خذ بما لک عندی دراهم یجوز ذلک له أم لا؟فکتب علیه السلام:یجوز ذلک عن تراض منهما إنشاء الله تعالی».

العاشره ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح أو الحسن عن عبد الله بن سنان (۴)

«قال سألت أبا عبد الله علیه السلام،الی ان قال:أ رأیت إن أوفانی بعضا و عجز عن بعض أ یجوز ان آخذ بالباقی رأس مالی؟قال:نعم ما أحسن ذلک».

الحادی عشر-ما رواه ایضا

عن سلیمان بن خالد (۵)فی الصحیح قال:

« سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یسلم فی الزرع فیأخذ بعض طعامه و یبقی بعض،لا یجد وفاء فیعرض علیه صاحبه رأس ماله؟قال:یأخذه فإنه حلال» الحدیث.

الثانیه عشر ما رواه

المشایخ الثلاثه فی الصحیح عن الحلبی (۶)عن ابی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل أسلفته دراهم فى طعام فلما حل طعامى عليه بعث الى بدراهم فقال:

ص :۳۸

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۳۰ و الكافى ج ۵ ص ۱۸۵.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۱۸۷.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۴۴.

۴- ۴) الكافى ج ۵ ص ۱۸۵ التهذيب ج ۷ ص ۴۱.

۵- ۵) الكافى ج ۵ ص ۱۸۵ التهذيب ج ۷ ص ۲۹.

۶- ۶) الكافى ج ۵ ص ۱۸۶ التهذيب ج ۷ ص ۳۰.

اشتر لنفسک طعاما فاستوف حقک،قال:أری ان یولی،ذلک غیرک و تقوم معه حتی تقبض الذی لک و لا تتولی أنت شراءه».

الثالثه عشر ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن عبد الرحمن بن ابی عبد الله (۱)فی الموثق

«قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل أسلف دراهم فی طعام فحل الذی له فأرسل إلیه بدراهم فقال:اشتر طعاما و استوف حقک،هل تری به بأسا؟قال:

یکون معه غیره یوفیه ذلک».

الرابعه عشر ما رواه

فی التهذیب عن یعقوب بن شعیب (۲)فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام،عن الرجل یکون له علی الرجل أحمال من رطب أو تمر فیبعث الیه بدنانیر فیقول:اشتر بهذه و استوف منه الذی لک قال لا بأس إذا ائتمنه».

و رواه فی الفقیه عن صفوان عن یعقوب بن شعیب،قال سألت أبا جعفر علیه السلام،مثله.

الخامس عشر ما رواه

فی التهذیب و الفقیه عن ابن بکیر (۳)فی الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام،عن رجل أسلفه فی شیء یسلف الناس فیه من الثمار فذهب زمانها و لم یستوف سلفه قال:فلیأخذ رأس ماله أو لینظره».

السادس عشر ما رواه

فی التهذیب عن ابن حجاج الکرخی (۴)عن ابی عبد الله علیه السلام،قال:

«کل طعام اشتریته فی بیدر أو طسوج فأتی الله علیه فلیس للمشتری إلا رأس ماله،و من اشتری من طعام موصوف و لم یسم فیه قریه و لا موضعا فعلی صاحبه ان یؤدیه». و رواه فی الفقیه مرسلا.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۸۶ و التهذیب ج ۷ ص ۳۰.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۴۲ مع اختلاف یسیر الفقیه ج ۳ ص ۱۶۴.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ٣١ الفقيه ج ٣ ص ١۶۵.
۴- ۴) التهذيب ج ٧ ص ٣٩ الفقيه ج ٣ ص ١٣١.

السابع عشر:ما رواه

المشايخ الثلاثه عن الحلبى (۱)فى الصحيح قال:

« سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل يسلف دراهم فى خمسه مخاتيم حنطه أو شعير إلى أجل مسمى و كان الذى عليه الحنطه و الشعير لا يقدر على أن يقضيه جميع الذى له إذا حل فشاء صاحب الحق أن يأخذ نصف الطعام أو ثلثه أو أقل أو أكثر و يأخذ رأس ماله ما بقى من الطعام دراهم؟قال:لا بأس به و سئل عن الزعفران يسلم فيه الرجل دراهم فى عشرين مثقالا أو أقل من ذلك أو أكثر قال:لا بأس-ان لم يقدر الذى عليه الزعفران ان يعطيه جميع ماله-ان يأخذ نصف حقه أو ثلثه أو ثلثيه و يأخذ رأس مال ما بقى من حقه دراهم». و لفظ دراهم فى آخر الخبر فى الفقيه دون الكتابين الآخرين.

الثامن عشر ما رواه

فى الكافى و الفقيه عن العيص بن القاسم (۲)عن ابى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل أسلف رجلا دراهم بحنطه حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام و وجد عنده دوابا و دقيقا و متاعا أ يحل له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه،قال:نعم يسمى كذا و كذا بكذا و كذا صاعا». هذا جمله ما حضرنى من الاخبار،و المشهور بين الأصحاب فى هذه المسأله هو جواز البيع على من عليه الحق و غيره بزياده أو نقيصه،و ان كان على كراهيه فى المكيل و الموزون،لان هذه المسأله عندهم أحد جزئيات مسأله بيع الشىء قبل قبضه،و قد تقدم الكلام عليها فى فصل بيع النقد و النسيه و المشهور بينهم ثمه هو الجواز على كراهيه فى المكيل و الموزون فجروا هنا على ذلك،و قد عرفت آنفا أن المختار فى تلك المسأله هو التحريم،وفاقا لجمع من المتقدمين و لشيخنا الشهيد الثانى من المتأخرين.

و لكن أخبار هذه المسأله كما سيظهر لك إنشاء الله مما يؤذن بمغايره المسألتين، و يعضده أن مورد أخبار هذه المسأله كلها على كثرتها و اختلافها مخصوصه بالبيع على من عليه الدين،بخلاف أخبار تلك المسأله فإنها بعد ضم مطلقها الى مقيدها و مجملها

ص:۴۰

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۸۶ التهذيب ج ۷ ص ۲۹ الفقيه ج ۳ ص ۱۶۶.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۱۸۶ الفقيه ج ۳ ص ۱۶۵.

الی مفصلها ظاهره فی البیع علی الغیر،و یدل علی القول المشهور الخبر السابع و الثامن و التاسع،فإنها ظاهره فی الجواز بزیاده أو نقیصه.

و یؤیده أیضا أنه کسائر أمواله له الاختیار فی بیعها بزیاده عما اشتری أو نقیصه، الا أن جل الأخبار المتقدمه قد منعت من الزیاده علی رأس المال صریحا فی بعض و ظاهرا فی آخر،و هذا مما یؤذن بالمغایره بین المسألتین أیضا،و الأصحاب رضوان الله علیهم لم ینقلوا إلا صحیحتی محمد بن قیس،و حملوهما علی کراهه البیع قبل القبض،أو الاستحباب:

و الأقرب فی الجمع بین الاخبار المذکوره انما هو حمل ما دل علی أخذ رأس المال خاصه-و المنع من الزائد-علی ما إذا فسخ العقد الأول (۱)لتعذر المبیع کلا أو بالنسبه الی ما تعذر منه من نصفه أو ثلثه،فإنه فی هذه الحال لا یجوز أخذ الزائد علی رأس المال،لاستلزامه الربا،و الاخبار الداله علی القول المشهور علی ظاهرها من بقاء المبیع من غیر فسخ،فله بیعه بما شاء زیاده و نقیصه.

و أما ما دل علیه الخبر الثانی عشر و الثالث عشر-من النهی عن الشراء بالدراهم المرسله الیه الا ان یکون معه آخر یشتری و یوفیه فهی محموله علی خوف التهمه، بدلیل الخبر الرابع عشر،لا ما حمله علیه فی الوافی من فسخ البیع و الوقوع فی الربا،فان ظاهر الاخبار الثلاثه أنه أرسل إلیه الدراهم و جعله وکیلا عنه فی الاشتراء و الإقباض،و لکن حصل النهی فی بعضها للعله التی ذکرناها،کما أفصح به

ص: ۴۱

۱- ۱) و انما حملت الأخبار المذکوره علی فسخ العقد لأن الحق الثابت فی الذمه انما هو الجنس الذی أسلم فیه،فالواجب دفعه أو قیمته ان کان قیمیا أو مثله ان کان مثلیا،فان هذا هو مقتضی القواعد الشرعیه،لکن لما دلت هذه الاخبار علی خلاف ذلک من أخذ رأس المال خاصه فلا بد من حملها علی فسخ العقد، لتعین أخذ رأس المال خاصه،و لا یجوز الزیاده حینئذ لوقوع الربا بذلک. منه رحمه الله.

البعض الأخر.

و استند الشيخ فيما تقدم نقله عنه الى الخبر الخامس،قال فى التهذيب بعد إيراد الخبر السابع و الثامن ثم الخبر الخامس قال محمد بن الحسن:الذى افتى به ما تضمنه الخبر الأخير من أنه إذا كان الذى أسلف فيه دراهم لم يجز له أن يبيع عليه بدراهم،لانه يكون قد باع دراهم بدراهم.

و ربما كان فيه زياده و نقصان،و ذلك ربا،و لا تنافى بين هذا الخبر و الخبرين الأولين،لأن الخبر الأول مرسل غير مسند،و لو كان مسندا لكان قوله«انظر ما قيمته على السعر الذى أخذت منى»فإنا قد بينا أنه يجوز له أن يأخذ القيمه برأس ماله من غير زياده و لا نقصان،و الخبر الثانى أيضا مثل ذلك،و ليس فى واحد من الخبرين أنه يعطيه القيمه بسعر الوقت،و إذا احتمل ما ذكرناه فلا تنافى بينهما على حال،على أن الخبرين يحتملان وجها آخر و هو أن يكون انما جاز له أن يأخذ الدراهم بقيمته إذا كان قد أعطاه فى وقت السلف غير الدراهم،و لا يؤدى ذلك الى الربا لاختلاف الجنسين انتهى.

و لا يخفى بعد ما ذكره،سيما الاحتمال الأخير فإن أحد الخبرين المذكورين فى كلامه و هو مرسله أبان صريح فى كونه أسلف دراهم،و قد اعترضه فى هذا الاستدلال بعض من تأخر عنه،بأن الخبر الذى استند اليه يدل على خلاف ما ذهب اليه،فلا يصح له الاعتماد عليه،لانه عليه السلام منع من التقويم بالدراهم مطلقا سواء كان بقدر الثمن أو أقل أو أزيد،و الشيخ قد جوز بالمساوى فما يدل عليه الحديث بإطلاقه لا يقول به،و ما يقول به لا يدل عليه الخبر،إذ لا دلاله للعام على الخاص فلا يمكنه الاحتجاج به و هو جيد.

و كيف كان فان روايات المسأله كلها متفقه على الجمع الذى قدمنا ذكره (۱)

ص:۴۲

۱- ۱) أقول و ملخص الكلام فى اخبار هذا الباب بعد الجمع بينها كما ذكرناه فى الأصل ان جمله منها قد دل على انه الفسخ يرجع الى رأس ماله و مع عدم الفسخ فان بعضها دل بأنه يبيعه عليه بما شاء كما هو القول المشهور،و بعضها دل على انه يعطيه دراهم يشترى بها وكاله عنه و يقبض جنسه الذى اشتراه من وجه طلبه، و بعضها دل على انه مع قبض بعض له الفسخ فى الباقى و أخذ رأس ماله،و بعضها دل على انه يجوز عوض سلفه عروضه يكون قيمه سلفه،و الجميع موافق لمقتضى الأصول و القواعد و لم يخرج من تحت روايه على بن جعفر لما عرفت فى الأصل منه رحمه الله.

و أما هـذه الروايـه فهى مخـالفه للقواعـد الفقهيـه المتفـق عليهـا نصـا و فتـوى،فـإنه بـالبيع قـد اسـتحق المـال المسـلم فيه و صـار مـاله،يتصـرف فيه كيف شـاء،سواء اشتراه بـدراهم أو عروض،و له بيعه بمـا شاء من الـدراهم و العروض،الا أن يفسـخ البيع،فيلزم رأس المال خاصه.

و أما مع عـدم الفسـخ فلا وجه للمنع من تقويمه بالـدراهم،و كون المـدفوع فى قيمته دراهم و بيعه الان بـدراهم لا يوجب ذلك الربا،لأنه إنما باع المتاع الذى أسلم فيه لا الثمن الذى دفعه قيمه،و أما ما دل عليه الخبر الخامس عشر فسيأتى الكلام فيه فى محله إنشاء الله تعالى.

و بـالجمله فالظـاهر من الاخبـار المـذكوره بمعونه الجمع الـذى قـدمنا ذكره أنه مع عـدم فسـخ البيع الأـول فله ان يبيع ما فى ذمه المسـلم اليه بمـا أراد من زيـاده و نقيصه عليه أو على غيره،لاـنه ماله يتصـرف فيه كيف شاء و لا مانع من ذلک شـرعا إلا ما ربما يتخيل مما تقدم فى مسأله البيع قبل القبض،و ان المختار ثمه هو التحريم كما دل عليه جل روايات تلک المسأله.

و الجواب عن ذلک ان الظاهر عنـدى ان هذه المسأله غير مترتبه على تلک، بل هى مسأله على حيالها كما لا يخفى على المتأمل فى أخبـار المسـألتين و موضوع اخبـار هـذه المسأله انما هو بيع مال السـلم على من هو عليه،و اخبار تلک المسأله انما هو الشـراء على غير وجه السلم و بيعه على الغير قبل قبضه كما لا يخفى على المتأمل

فیها و ان اشترک الجمیع فی کونه بیعا قبل القبض،و المختار عندنا هنا هو الجواز کما عرفت من الاخبار التی أشرنا إلیها،و هی الخبر السابع و الثامن و التاسع بالتقریب المتقدم،و ظاهر شیخنا الشهید الثانی اختیار التحریم هنا بناء علی اختیاره التحریم فی تلک المسأله کما قدمنا نقله عنه (۱)و هو غفله عن ملاحظه روایات هذه المسأله المذکوره فإنها صریحه فی الجواز کلا و انما اختلفت فی الزیاده عن رأس المال منعا و تجویزا و إلا فأصل البیع لا خلاف فیه لا فی الاخبار و لا فی کلام الأصحاب بخلاف روایات تلک المسأله،فإنها مختلفه فی جواز البیع و عدمه،و جل الاخبار علی العدم،کما رجحناه ثمه،و الظاهر ان الکراهه التی

۱- ۱) حیث قال بعد قول المصنف«و یجوز بیعه علی من هو علیه و علی غیره و ان لم یقبضه علی کراهیه:ما صورته هذا إذا کان بما یکال أو یوزن»اما لو کان مما یعد ففی الکراهیه نظر،لعدم الدلیل،و قد تقدم فی ذلک و ان الأقوی التحریم إذا کان طعاما أو إذا کان مما یکال أو یؤزن علی ما فصل انتهی. و هو ظاهر فی بناء هذه المسأله علی تلک المسأله فإن قوله و قد تقدم الکلام إشاره الی ما قدمه فی تلک المسأله و ان عنده التحریم هنا و ان من اختار فی تلک المسأله الکراهیه اختار الکراهیه هنا ایضا و أنت خبیر فی الجمیع فإن الکراهه التی جمعوا بها بین اخبار تلک المسأله راجعه إلی أصل البیع حیث ان اخبار تلک المسأله اختلفت فی صحه البیع و بطلانه. و اما اخبار هذه المسأله فلم یختلفن فی أصل البیع و انما اختلفت فی الثمن فالکراهه إنما ترجع الی الثمن و زیادته علی رأس المال لا إلی أصل البیع،فإنه لا دلاله فی شیء من هذه الاخبار علی بطلان البیع و انما قید المنع من الزیاده علی رأس المال و فی روایه علی بن جعفر المنع من خصوص الدراهم و هم حملوا علی الکراهه و علی ما ذکرناه من الجمع باعتبار فسخ العقد و عدمه فلا یحتاج الی ما ذکروه و بالجمله فإن کلامه هنا مبنی علی تلک المسأله و غفلته عن روایات هذه المسأله و الله العالم-منه رحمه الله.

ذکرها القائلون بالجواز فی هـذه المسأله حیث انهم صـرحوا بجواز بیع السـلم علی من هو علیه علی کراهیه،إنما اسـتندوا فیها الی اخبـار تلـک المسـأله لاختلافهـا فی جواز البیع قبـل القبض و عـدمه،فجمعوا بینها بالکراهه،و الا فأخبار هـذه المسأله علی کثرتها متفقه علی الجواز،و انما اختلفت فی الزیاده علی رأس المال.

و الظـاهر ان السـبب فی ذلـک کله هو ادراجهم هـذه المسـأله تحت تلـک المسـأله و الغفله عن ملاـحظه أخبار هـذه المسأله مع کثرتها و تعددها،و التحقیق بالنظر الی اخبار کل من المسألتین هو تغایر الحکمین،و ان الأظهر فی هذه المسأله هو الجواز للاخبار المتقدم ذکرها بلا کراهه بناء علی ما جمعنا به بین اخبارها،و فی تلک المسأله هو التحریم لما قدمناه فیها و الله العالم.

تذنیبان:

الأول [إذا حل الأجل و تأخر التسلیم لعارض]

-المشهور بین الأصحاب أنه إذا حل الأجل و تأخر التسلیم لعارض.

ثم طالب المشتری بعد انقطاعه کان بالخیار بین الفسخ و الصبر-و نقل عن ابن إدریس إنکار الخیار فی هذه المسأله،تمسـکا بأن العقد ثابت بالإجماع،و آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و انه لا دلیل علی فسـخه،و یدل علی القول المشـهور الخبر الخامس عشـر من الاخبار المتقدمه،و هو نص فی الباب.

و یؤیـده الأخبار المذکوره ثمه الداله علی جواز أخذ رأس المال،فإنک قد عرفت انها محموله علی فسخ العقد،مع ان ظاهرها أن المسـلم فیه غیر معـدوم یومئـذ و ان لم یوجـد عنـد البائع فإذا جاز الفسـخ مع وجوده،فمع تعذره بطریق اولی،و به یظهر بطلان ما ذهب الیه ابن إدریس،و قیـل فی المسـأله قول ثـالث، و هو انه لاـ یفسـخ و لاـ یصبر بـل یأخـذ قیمته الآن،قال فی المسالک:و هو حسن لأن الحق هو العین،فإذا تعذرت رجع الی القیمه حیث یتعذر المثل.

أقول لا ریب ان هذا القول هو الموافق للأصول الشرعیه،و القواعد المرعیه

ص: ۴۵

و يؤيده الأخبار المتقدمه الداله على القول المشهور،و هو بيعه على من هو عليه، و أخذ قيمته يومئذ،الا ـ ان موثقه ابن بكير المذكوره ظاهره الدلاله على القول المشهور هنا،و المسأله لا ـ تخلو عن شوب الاشكال،قالوا:لو كان العارض الموجب لتأخر التسليم من جهه المشترى مع بذل البائع،فإنه لا فسخ لاستناد الفوات الى تقصير،قالوا:و الخيار ليس على الفور،و حينئذ لا يسقط بالتأخير بل قيل انه لو صرح بالإمهال لم يسقط و توقف فى الدروس.

و لو قبض البعض قالوا:تخير بين الصبر به و بين فسخ العقد من أصله لتبعيض الصفقه التى هى عيب عندهم،و ان لم نقف لها على دليل إذ المسلم فيه انما هو المجموع،و قد تعذر،فتبعيضه ضرر عليه،و بين الفسخ فى المختلف خاصه لأنه الذى تعذر فله الرجوع الى ثمنه،لان الصبر ضرر لا يلتزم به،و يدل على هذا الوجه الثالث-من الاخبار المتقدمه-الخبر الرابع،و الخبر العاشر،و الحادى عشر و السابع عشر.

الثانى [بيع السلف على من هو عليه،أو على غيره قبل حلوله]

قد عرفت فى صدر المسأله أن من جمله صورها بيع السلف على من هو عليه،أو على غيره قبل حلوله،يعنى حال كونه دينا و انه لا خلاف بينهم فى عدم الجواز،لعدم استحقاقه له يومئذ،و ظاهرهم أن ذلك أعم من أن يبيعه حالا أو مؤجلا للعله المذكوره،و ظاهر المحقق المتقدم ذكره ثمه أن دليلهم الإجماع،مع أنه فى المسالك نقل عن العلامه فى التذكره القول بالجواز،و اليه يميل ايضا كلامه فى المسالك مستندا إلى أنه حق مالى إلى آخر ما يعتبر فى البيع فينبغى أن يصح بيعه على حالته التى هو عليها،و ان لم يجز المطالبه قبل الأجل.ثم اعترض على نفسه بأنه ربما أشكل بعدم إمكان قبضه الذى هو شرط فى الصحه،ثم أجاب بمنع اشتراط إمكان القبض حين العقد،بل إمكانه مطلقا و يمكن تحققه بعد الحلول،كما لو باعه عينا غائبه منقوله لا يمكن قبضها الا بعد مضى زمان يمكن فيه الوصول إليها.

أقول و الاشكال المذكور انما يتوجه فيما إذا كان البيع على غير من عليه الحق،

و الا فلو كان على من هو عليه فإنه مقبوض،لكونه فى ذمته،و الى ذلك يميل أيضا كلام المحقق الشيخ حسن بن شيخنا الشهيد الثانى فى حواشيه على شرح اللمعه على ما نقله عنه ابنه الشيخ محمد،حيث أن شيخنا المشار إليه جرى فى الكتاب المذكور على القول المشهور،فقال:و اما بيعه قبل حلوله فلا،لعدم استحقاقه حينئذ،فكتب عليه ابنه المحقق المذكور ان أريد بالاستحقاق استحقاق أصل الملك على أن المراد أنه لا يملك أصل المسلم فيه الا بعد الأجل فتوجه المنع اليه ظاهر،و ان أريد به عدم استحقاقه المطالبه،فمنع ذلك البيع غير واضح انتهى:ثم ان ابنه الشيخ محمد كتب على ما ذكره أبوه الجواب نختار الشق الثانى و منعه البيع واضح،لاشتراط القدره على التسليم انتهى.

أقول و كأنه غفل عما ذكره جده فى المسالك،و لم يقف عليه من الجواب عما ذكره،و اليه يميل ايضا كلام المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد و هو الذى عبرنا عنه ببعض المحققين فى صدر المسأله،و قد تقدم كلامه فى صدر المسأله،و بالجمله فالمسأله لخلوها عن النص لا يخلو عن اشكال،و ان كان ما ذكره هؤلاء المحققون ظاهر القوه خصوصا فى البيع على من هو عليه،و كذا فى صوره ما لو كان البيع مع تأجيل المبيع إلى المده المضروبه أو لا،و ان كان على غير من هو عليه،لحصول الاستحقاق بعد المده.

ثم ان ظاهر القول المشهور من المنع من بيعه قبل حلوله أنه لا فرق بين أن يكون الثمن حالا أو مؤجلا،لما عرفت من التعليل المذكور فى كلامهم،و هو عدم الاستحقاق،و أما على القول بالجواز فلا إشكال فى صحته بالحال،مشخصا كان أو مضمونا،و لا إشكال أيضا فى عدم الصحه لو كان الثمن دينا قبل العقد،للزوم بيع الدين بالدين المنهى عنه،و انما الكلام فيما لو شرط تأجيله فى العقد بمعنى أنه انما يكون دينا بعد العقد لا قبله،فظاهر جمله من الأصحاب دخوله فى بيع الدين بالدين، و الظاهر انه المشهور.

و ظاهر جمله منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك و الروضه العدم،قال فى المسالك بعد قول المصنف فى مسأله بيع الدين بعد حلوله بما شرط تأجيله قيل يبطل،لانه بيع دين بدين،و قيل يكره،و هو الأشبه ما لفظه:

و أما بيعه بمؤجل فقد ذهب جماعه إلى المنع منه،اعتمادا على أن المؤجل يقع عليه اسم الدين،و فيه أنهم ان أرادوا إطلاق اسم الدين عليه قبل العقد، و حالته فظاهر منعه،لانه لا يعد دينا حتى يثبت فى الذمه،و لا يثبت الا بعد العقد،فلم يتحقق بيع الدين بالدين،و ان أرادوا أنه دين بعد ذلك لزم مثله فى المضمون الحال،و لا يقولون ببطلانه،و أما دعوى إطلاق اسم الدين على المؤجل قبل ثبوته فى الذمه دون الحال فهو تحكم.

و الحق أن اسم بيع الدين بالدين لا يتحقق إلا إذا كان العوضان معا دينا قبل المعاوضه،كما لو باعه الدين الذى فى ذمته بدين آخر له فى ذمته،أو فى ذمه ثالث أو تبايعا دينا فى ذمه غريم لأحدهما بدين فى ذمه غريم آخر للآخر،و نحو ذلك لاقتضاء الباء كون الدين نفسه عوضا،و المضمون الذى لم يكن ثابتا فى الذمه قبل ذلك لا يعد جعله عوضا بيع دين بدين،و أما ما يقال:اشترى فلان كذا بالدين، مريدين به أن الثمن فى ذمته لم يدفعه،فهو مجاز يريدون به أن الثمن بقى فى ذمته دينا بعد البيع،و لو لا ذلك لزم مثله فى الحال لإطلاقهم فيه ذلك نعم.الدين المبيع يطلق عليه اسم الدين قبل حلوله و بعده،فلا بد فى المنع من دين آخر يقابله،فظهر أن ما اختاره المصنف من جواز ذلك على كراهيه أوضح.انتهى و هو جيد،الا ان ما ذكره من ان الدين المبيع كالسلم مثلا يطلق عليه اسم الدين بعد الحلول أيضا و ان كان هو الظاهر من كلام غيره من الأصحاب أيضا،الا ان الدين لغه كما صرح به جمله من أرباب اللغه مخصوص بالمؤجل دون الحال،قال فى القاموس:الدين ماله أجل،و ما لا أجل له فقرض.

و قال فى النهايه الأثيريه فيه انه نهى عن الكالى أى النسيئه،بالنسيئه و ذلك ان يشترى الرجل شيئا الى أجل،فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضى به فيقول بعينه

إلی أجل آخر بزیاده شیء فیبیعه منه،و لا یجری بینهما تقابض.

و قال فی کتاب الغریبین قوله تعالی «إِذٰا تَدٰایَنْتُمْ بِدَیْنٍ» الدین ما له أجل، و القرض ما لا أجل له،و هو عین ما ذکره فی القاموس،الا ان الظاهر من کلام الفیومی فی المصباح المنیر خلاف ذلک،قال بعد ذکر کلمات جمله من أهل اللغه فی ماده الاشتقاق:تشتمل علی إطلاق الدین علی القرض،ثم ذکر قوله سبحانه «إِذٰا تَدٰایَنْتُمْ بِدَیْنٍ» ای تعاملتم بدین من سلم و غیره:ما لفظه فثبت بالآیه و بما تقدم ان الدین لغه هو القرض،و ثمن المبیع الی آخره،و ربما ظهر منه الاختصاص بما ذکره، و الحال کما تری لا یخلو من الاشکال،و مثله یأتی فیما ألزمهم به من إطلاق الدین علی المضمون الحال،فإنه یمکن الجواب عنه بأنه بناء علی ما ذکره من تخصیص الدین بالمؤجل لغه لا یرد ما أورده،الا ان یکون مراده الإطلاق عرفا کما هو ظاهر سیاق الکلام،و کیف کان فالمسأله لا تخلو عن شوب الاشکال کما تقدمت الإشاره الیه و الله العالم.

المسأله الثالثه [فی دفع السلم دون الصفه و فوقها]

إذا دفع دون الصفه و رضی المشتری فلا إشکال فی الجواز، و براءه ذمه البائع،و ان دفع فوق الصفه فظاهر الأصحاب وجوب قبوله،اما لو دفع أکثر لم یجب قبول الزیاده.

قال فی المسالک:الفرق بین العین و الصفه ان زیاده الصفه لا تنافی عین الحق، بل تؤکده،إذ المفروض کونه مساویا للحق فی النوع و غیره،و یزید الصفه،اما العین فهی خارجه عن الحق زائده علیه،فلا یجب قبولها،لأنها عطیه جدیده، و یمکن تخلیصها و الحق معها غیر متعین انتهی.

و لا یخفی ما فیه فان ما ذکره فی العین یمکن إجراءه فی زیاده الصفه،فان الحق الذی له موصوف بصفه خاصه،و المدفوع موصوف بصفه أخری،و به یحصل التغایر، فکیف لا تنافی عین الحق،و اما قوله فی الزیاده فلا یجب قبولها لأنها عطیه،فإنه یجری فی زیاده الوصف،فإنها مشتمله علی المنه،و لا یجب قبولها ایضا کما صرحوا به فی غیر موضع،

و منه قبول ما يوهب مما يستطيع به الحج،و المنقول عن ابن الجنيد التسويه بين الأمرين فى عدم وجوب القبول،و يدل عليه بعض الاخبار الآتيه،و بالجمله فإنه مع التراضى من الطرفين لا اشكال و لا خلاف فى جواز الأخذ ناقصا و زائدا فى العين أو الصفه،و انما الكلام فى وجوب القبول و تحتمه شرعا.

و الذى وقفت عليه من الاخبار فى المقام ما رواه

فى الكافى عن قتيبه الأعشى (۱)قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام و انا عنده فقال رجل:ان أخى يختلف الى الجبل فيجلب الغنم فيسلم فى الغنم فى أسنان معلومه إلى أجل معلوم،فيعطى الرباع جذاعا مكان الثنى فقال له:أ بطيبه من نفس صاحبه؟قال:نعم قال:لا بأس».

و ما رواه

المشايخ الثلاثه نور الله تعالى مراقدهم،عن أبى بصير (۲)قال:

« سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السلم فى الحيوان؟قال:ليس به بأس،قلت:أ رأيت أن أسلم فى أسنان معلومه أو شىء معلوم من الرقيق فأعطاه دون شرطه أو فوقه بطيبه النفس منهم؟قال:لا بأس».

و ما رواه

فى الكافى عن الحلبى (۳)فى الصحيح قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام،عن الرجل يسلم فى وصفاء أسنان معلومه و لون معلوم ثم يعطى دون شرطه أو فوقه فقال:إذا كان عن طيبه نفس منك و منه فلا بأس». و رواه الشيخ عن سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام مثله.

و عن معاويه بن عمار (۴)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل أسلف فى وصفاء أسنان معلومه و غير معلومه ثم يعطى دون شرطه؟قال:إذا كان بطيبه النفس منك و منه فلا بأس،الى أن قال:و لا يأخذ دون شرطه إلا بطيبه نفس صاحبه».

و عن الحلبى (۵)فى الصحيح و رواه فى الفقيه أيضا عن الحلبى فى الصحيح

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۲۲۲ التهذيب ج ۷ ص ۴۶.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۲۲۰ التهذيب ج ۷ ص ۴۶.
۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۲۲۱ التهذيب ج ۷ ص ۴۶ و ۴۱.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۲۲۱.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۲۲۱ الفقیه ج ۳ ص ۱۶۷.

عن أبی عبد الله علیه السلام،فی حدیث قد تقدم قال: «و یأخذون دون شرطهم و لا یأخذون فوق شرطهم».

و رواه الشیخ فی الصحیح أیضا عن سلیمان بن خالد (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام مثله، و یمکن الاستدلال بهذا الخبر لما نقل آنفا عن ابن الجنید من عدم وجوب أخذ ما زاد علی الوصف،و المراد أنه لا یجب علیهم قبول ما زاد علی الوصف،و لا ینافیه ما تقدم فی صحیحه الحلبی من نفی البأس مع طیبه النفس منهما إذا کان فوقه،لان الکلام کما عرفت فی وجوب الأخذ علیه لا فی الجواز،بل هذه الروایه أیضا ظاهره فیما ذکره ابن الجنید حیث شرط فیها أخذ ما فوق الشرط بطیبه نفسی الآخذ،فلا یجبر علیه،کما هو ظاهر کلامهم من وجوب القبول.

و بالجمله فإن الظاهر هو قوه ما ذهب الیه ابن الجنید لما عرفت من ضعف التعلیل الذی ذکره فی المسالک،مع اعتضاد قول ابن الجنید بظاهر الصحیحه المذکوره، و لو دفع الیه ما هو علی الصفه المشروطه وجب القبول أو الإبراء من حقه،و لو امتنع من الأمرین جبره الحاکم،و الا قبضه له إذا سأل المسلم الیه ذلک،و الظاهر انه یبرئ لو عزله له،و قد تقدم تحقیق الکلام فی هذا المقام فی المسأله الثالثه (۲)من المطلب الأول فی النقد و النسیئه من الفصل الرابع فی أحکام العقود و متی قبضه برئت ذمه المسلم إلیه.

المسأله الرابعه لو وجد فی المبیع أو الثمن عیب بعد القبض

اشاره

فهنا مقامان

الأول- لو وجد بالمبیع عیبا بعد القبض

فإنه یتخیر بین الرضاء به مجانا و بین رده،فیرجع الحق إلی ذمه المسلم الیه،بمعنی أن المدفوع لا یتعین بمجرد الدفع،و ان کان من الجنس و علی الوصف،للعیب المذکور،لأنه إنما أسلفه فی صحیح،و لا أرش هنا، لانه لم یتعین الحق حتی یجب قبوله و یجبر بالأرش،بل الحق فی الذمه أمر کلی، و دفع هذا المعیب عنه بعد ظهور العیب یکون ملکا متزلزلا یتخیر فیه بین الرضاء به

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۳۲-.

۲- ۲) ح ۱۹ ص ۱۳۱.

مجانا فیستقر ملکه علیه،و بین أن یرده،فیرجع الحق إلی الذمه سلیما بعد ان خرج خروجا متزلزلا.

بقی الکلام فی النماء المنفصل المتجدد زمن الخیار بعد القبض و قبل الرد متی اختار الرد،و الظاهر من کلامهم أنه للقابض،فإنه متجدد فی ملکه و ان کان متزلزلا،کنظائره من النماء المتجدد زمن الخیار،و اما المتصل کالسمن فإنه تابع للعین.

الثانی [إذا ظهر فی الثمن بعد قبضه عیب] :

قالوا:إذا ظهر فی الثمن بعد قبضه عیب فان کان من غیر الجنس کان یکون نحاسا و الثمن فضه،بطل العقد،و ان کان من جنسه رجع بالأرش ان اختار البیع،و ان اختار الرد کان له ذلک،و هو لا یخلو من إجمال،و تفصیل الکلام فی ذلک بمعونه ما تقدم فی باب الصرف أن یقال هنا ان العیب اما أن یکون من الجنس أو من غیره،و علی کل من التقدیرین فاما أن یکون فی جمله الثمن أو بعضه،و علی کل من هذه التقادیر اما ان یظهر قبل التفرق أو بعده،و علی کل من هذه التقادیر اما أن یکون الثمن معینا أو کلیا.

و جمله الأقسام تنتهی إلی سته عشر،أحدها ان یکون العیب من غیر الجنس، و یکون فی جمله الثمن بعد التفرق،و کان معینا و لا إشکال فی البطلان هنا،لانتفاء شرط السلم،و هو القبض قبل التفرق،کما تقدم.

ثانیها:الصوره بحالها و لکن قبل التفرق،و الحکم هو المطالبه بالبدل قبل التفرق.

ثالثها:الصوره الأولی بحالها و لکن کان العیب فی بعض الثمن،و الحکم فیها صحه البیع فیما هو من الجنس،و البطلان فی غیره.

رابعها:الصوره بحالها و لکن قبل التفرق،و الحکم فیها الصحه فیما هو من الجنس،و المطالبه بالبدل قبل التفرق.

خامسها:العیب من غیر الجنس فی جمله الثمن بعد التفرق،و لکن الثمن کلی فی

الذمه و حکمها کالصوره الأولی لعدم العیب للعله المذکوره ثمه.

سادسها:الصوره بحالها و لکن قبل التفرق و الحکم فیها کما فی الصوره الثانیه سابعها:العیب من غیر الجنس بعد التفرق و کون الثمن کلیا لکن العیب فی بعض الثمن،و الحکم فیها کما فی الصوره الثالثه.

ثامنها:الصوره کسابقها و لکن قبل التفرق و الحکم فیها کما فی الرابعه،فهذه ثمان صور فیما لو کان من غیر الجنس.

تاسعها:العیب من الجنس کخشونه الجوهر و اضطراب السکه و نحوهما و کون ذلک فی جمله الثمن بعد التفرق،مع کون الثمن معینا و الحکم فیها التخییر بین الرد و الرضاع مع الأرش،کما تقدم فی کلامهم.

عاشرها:الصوره بحالها لکن مع کون الثمن کلیا فی الذمه،فهل یکون العقد صحیحا لحصول التقابض سابقا و لو فی الجمله أو یکون باطلا لعدم التقابض حقیقه قبل التفرق؟اشکال تقدم بیانه فی المسأله الحادیه عشر من مسائل الصرف.

الحادی عشر:الصوره کسابقتها لکن ظهور العیب قبل التفرق،و الحکم هنا وجوب الإبدال،لأن الثمن أمر کلی فی الذمه محمول علی الصحیح السالم من العیب،فمتی کان المدفوع معیبا وجب رده قبل التفرق،لان المقبوض فی حکم العدم،و یرجع الحق إلی الذمه،فیجب الأبدال و لا خیار هنا و لا أرش،لاختصاص ذلک بما إذا کان الثمن معینا.

الثانیه عشر:الصوره الاولی من صور العیب الجنسی لکن مع ظهور العیب قبل التفرق،و الحکم فیها کما فی تلک الصوره من التخییر،و هذه الصور الأربع فی العیب الجنسی مبنیه علی ما إذا کان العیب فی جمله الثمن،و قس علیها ما إذا کان العیب فی بعض الثمن،فإنه یأتی فیه الصور الأربع المذکوره،و الحکم فیما قابل الصحیح صحه البیع،و فیما قابل المعیب ما تقدم فی کل من الصور الأربع من الخیار فی الاولی،و الاشکال فی الثانیه،و وجوب الإبدال فی الثالثه،و التخییر فی الرابعه.

ص:۵۳

المسأله الخامسه لو اختلفا فی قبض الثمن هل کان قبل التفرق أو بعده؟

اشاره

أو ادعی البائع انه قبضه ثم رده قبل التفرق.

و الکلام هنا فی موضعین

الأول-ما إذا اختلفا فی القبض هل هو قبل التفرق أو بعده؟

و مقتضی هذا الکلام أنهما قد اتفقا علی القبض،الا أن أحدهما ادعی أن القبض وقع قبل التفرق،فیصح العقد حینئذ لوجود شرطه.

و الأخر ادعی انه بعده فیبطل،و مقتضی قواعد الأصحاب أن القول قول مدعی الصحه،و به أفتوا فی المسأله،أما لو اختلفا فی أصل قبض الثمن،فان القول قول منکر القبض و ان تفرقا و استلزم البطلان،و النزاع فی الحقیقه فی کل من المسألتین یرجع الی طرو المفسد،و الا فهما متفقان علی أصل الصحه،و لا نزاع بینهما فیها،لاتفاقهما علی وقوع العقد.

و لکن فی المسأله الأولی ادعی أحدهما أن القبض انما وقع بعد التفرق،و هو موجب لبطلان العقد،و فی الثانیه ادعی البائع عدم القبض،و حصول التفرق الموجب للبطلان،و فی الأولی قدم قول مدعی الصحه المتفق علیها،لأن الأصل عدم طرو المفسد،و فی الثانیه المقتضی للفساد قائم و هو التفرق،و یترتب علی ما هو الأصل من عدم قبض الثمن،فان مقتضی الأصل ذلک،فمن أجل ذلک حکم بالبطلان.

هذا مع عدم البینه،و لو أقام کل منهما بینه بالنسبه إلی المسأله الأولی،بنی علی تقدم بینه الداخل-و هو هنا مدعی الصحه-أو الخارج،و اختار فی المسالک الثانی، و نقل عن العلامه تقدیم بینه الأول لقوه جانبه بدعوی أصاله عدم طرو المفسد، و لکون دعواه مثبته،و الأخری نافیه،و بینه الإثبات مقدمه.

الثانی لو قال البائع:قبضت الثمن ثم رددته إلیک،و أنکر المشتری القبض

، و ظاهرهم أن القول قول البائع مع یمینه،مراعاه لجانب الصحه،و تفصیل ذلک أنهما الان متفقان علی أن الثمن عند المشتری،اما فی ذمته،أو أمانه عنده (1)و انما

۱- ۱) أقول کون الثمن فی ذمته بناء علی إنکار المشتری الإقباض،و کونه عنده یعنی امانه بناء علی دعوی البائع أنه رده علیه-منه رحمه الله.

اختلفا فی کون ذلک علی وجه مفسد للعقد بأن لا یکون البائع قبضه بل بقی فی ذمه المشتری،فلم یحصل التقابض،أو علی وجه مصحح بأن یکون قبضه البائع ثم رده الیه،و الأصحاب قدموا قول البائع رعایه لصحه العقد.

و قد یقال:ان أصاله صحه العقد معارضه بأن الأصل عدم حصول القبض، الا انه یمکن أن یقال أیضا أنه مع تعارض الأصلین المذکورین یحصل الشک فی طرو المفسد،و الأصل عدمه،أو یقال المقتضی للفساد مشکوک فیه،إذ لا یعلم ان التفرق کان قبل القبض،و الأصل عدمه،فیتمسک بأصل الصحه.

و کیف کان فإنه یبقی هنا إشکال فی المقام،و هو ان دعوی البائع مشتمله علی شیئین،قبض الثمن و رده،و انما قدم قوله فی القبض مراعاه لصحه العقد،و أما فی الرد فمقتضی القواعد الشرعیه أنه غیر مقبول کنظائره،إذ لا مدخل له فی الصحه و حینئذ فمع قبوله فی القبض هل له مطالبه المشتری بالثمن أم لا؟إشکال ینشأ من عدم قبوله فی الرد مع اعترافه بحصول القبض،فلیس له المطالبه،و من اتفاق المتبایعین علی أن الثمن عند المشتری،اما علی دعوی البائع فظاهر،و أما علی دعوی المشتری فلاعترافه بعدم الإقباض،فإذا قدم قول البائع فی صحه العقد ألزم المشتری بالثمن، فیجوز المطالبه حینئذ،الا أنه یشکل أیضا بأن المشتری بناء علی فرض المسأله لا یدعی شیئا فی ذمه البائع،لاعترافه بفساد البیع،و أنه لم یقبضه الثمن قبل التفرق،فلا تبقی الا دعوی البائع،و هی مشتمله علی الاعتراف بالقبض،و دعوی الرد،و الثانیه غیر مقبول بمقتضی القواعد الشرعیه فکیف تجوز له المطالبه.

و بالجمله فأمثال هذه الفروع الخالیه من النصوص علی العموم و الخصوص سیما مع تعارض الاحتمالات العقلیه فیها محل الاشکال،و ان کان الأقرب بالنظر الی هذه التعلیلات هو عدم المطالبه،إلزاما له بالاعتراف بالقبض الذی بنوا علیه صحه العقد، و عدم سماع دعوی الرد،و الله العالم.

الفصل الحادی عشر فی بیع الغرر و المجازفه

اشاره

و فیه مسائل

الاولی [فی من اشتری شیئا بحکم نفسه]

قال الشیخ فی النهایه من اشتری شیئا بحکم نفسه و لم یذکر الثمن بعینه کان البیع باطلا،فان هلک فی ید المبتاع کان علیه قیمته یوم ابتیاعه، الا أن یحکم علی نفسه بأکثر من ذلک،فیلزمه ما حکم به دون القیمه،و ان کان الشیء قائما بعینه کان لصاحبه انتزاعه من ید المبتاع،فإن أحدث المبتاع فیه حدثا نقص به ثمنه کان له انتزاعه منه و أرش ما أحدث فیه،فان کان الحدث یزید فی قیمته و أراد انتزاعه من یده کان علیه أن یرد علی المبتاع قیمه الزیاده لحدثه فیه،فان ابتاعه بحکم البائع فحکم بأقل من قیمته کان ذلک ماضیا،و لم یکن له أکثر من ذلک،و ان حکم بأکثر من قیمته لم یکن له أکثر من القیمه فی حال البیع،الا أن یتبرع المبتاع بالتزام ذلک علی نفسه،فان لم یفعل لم یکن علیه شیء و کذا قال الشیخ المفید و ابن البراج و أبو الصلاح علی ما نقله فی المختلف.

و قال سلار:من لم یسم ثمنا بطل بیعه و شراؤه فإن هلک المبیع فی ید من ابتاع و لم یسم الثمن کان علیه قیمته یوم أخذه،فإن کان باقیا فللبائع أخذه،فإن کان قد أحدث فیه حدثا فان نقصت به قیمته فللبائع أرش النقصان،و ان زادت فالأرش للمبتاع.

و قال العلامه فی المختلف:لا یجوز البیع بحکم أحدهما فی الثمن،فان بیع کذلک بطل البیع،و لو حکم الحاکم منهما بأی شیء کان لم یلزم بل یبطل البیع، فان کانت السلعه قائمه استردها البائع،و ان کانت تالفه وجب علی المشتری قیمتها و لا اعتبار بما یحکم به أحدهما،هذا إذا کانت من ذوات القیم،و ان کانت من ذوات الأمثال وجب علیه مثلها،فان تعذر المثل فقیمه المثل یوم الإعواز ثم قال:و قال ابن إدریس کما قلناه إلا فی موضعین.

أحدهما أن مع التلف و لا مثل یجب علیه أکثر القیم من وقت القبض الی وقت التلف کالغصب.

و الثانی-أن الحدث الذی أبره المشتری ان کان عین مال له أخذه،و ان کان فعلا لم یکن له الرجوع علی البائع بشیء،ثم انه احتج فی المختلف علی البطلان،قال:لنا علی بطلان البیع مع الجهاله الإجماع علیه،و النهی عن الغرر و الحکم غیر لازم،إذ ذلک لا یصیر ما لیس بثابت فی الذمه ثابتا، أقول:الظاهر من کلام الشیخ و من تبعه ممن تقدم ذکره هو التفصیل فی البیع بحکم أحدهما،و أنه ان کان الحاکم هو المشتری فالبیع عندهم باطل، و ان کان الحاکم هو البائع،فإن حکم بأقل من قیمته کان البیع ماضیا،و لم یکن له أکثر من ذلک،و ان حکم بأکثر فالبیع أیضا صحیح و لکن لیس له أکثر من القیمه فی حال البیع،الا أن یرضی المشتری بتلک الزیاده،و ظاهر ابن إدریس و من تأخر عنه کالمحقق و العلامه و غیرهما من المتأخرین هو البطلان مطلقا.

و ابن إدریس قد خالف الشیخ فی مواضع،منها فی قوله فان هلک فی ید المبتاع کان علیه قیمه یوم ابتاعه،فقال:هکذا قال شیخنا أبو جعفر فی نهایته،و الذی یقتضیه أصول المذهب أن الشیء ان کان له مثل فعلیه مثله لا قیمته،و ان أعوز المثل فعلیه ثمن المثل یوم الإعواز،و ان کان المبیع مما لا مثل له فإنه یجب علیه قیمه أکثر ما کانت الی یوم الهلاک،لان هذا بیع فاسد،و البیع الفاسد عند المحصلین یجری مجری الغصب فی الضمان.

أقول:ما ذکره من التفصیل بالمثلی و القیمی جید کما هو المتکرر فی کلامهم،و أما تعیین وقت القیمه فقد تقدم الکلام فیه،و منها فی قول الشیخ فان کان الحدث یزید فی قیمته و أراد انتزاعه من یده کان علیه أن یرد علی المبتاع قیمه الزیاده لحدثه.

فقال:هکذا قال شیخنا فی نهایته،و الاولی أن یقسم الحدث فیقول:

ان کان آثار أفعال لا أعیان أموال،فلا یرد علی المبتاع شیء،و ان کان الحدث أعیان أموال فهو علی ما قاله رحمه الله.

أقول:و بما أطلقه الشيخ هنا أفتى المحقق فى الشرائع،و وافقه فى المسالك لكن قيده بصوره الجهل،و الظاهر أن مراده الجهل بصحه البيع ثم قال:أما مع علمه فليس له الا الزياده العينيه التى يمكن فصلها،فالوصفيه كالصنعه لا يستحق بسببها شىء،و بالجمله حكمه حكم الغاصب،و هذا هو أصح الأقوال فى المسئله انتهى:و حينئذ يصير هذا قولا ثالثا فى المسأله.

و منها فى قوله«فان ابتاعه بحكم البائع فحكم بأقل من قيمته»الى آخر الكلام فقال:هكذا أورده فى نهايته و الاولى أن يقال البيع باطل،لان كل مبيع لم يذكر فيه الثمن يكون باطلا بغير خلاف بين المسلمين،فإذا كان كذلك فان كان باقيا بعينه فللبائع انتزاعه من يد المشترى،و ان كان تالفا و تحاكما فلصاحبه مثله ان كان له مثل،و ان كان لا مثل له فله قيمته أكثر القيم الى يوم الهلاك،لا قيمته فى حال البيع،فإن أقر البائع بشىء لزمه إقراره على نفسه، الا أن يقر بأزيد من قيمته التى يوجبها الشارع،و انما هذه أخبار آحاد أوردها فى نهايته إيرادا لا اعتقادا انتهى.

و أنت خبير بأنه قد تقدم فى المسئله السابعه من مسائل المقام الثالث من الفصل الأول نقل صحيحه رفاعه الداله على بيع الجاريه بحكم المشترى و عدم قبول البائع لما حكم به بعد أن دفع الجاريه إلى المشترى،و وطأها المشترى، و حكمه عليه السلام،فى الصوره المذكوره بأن يقوم الجاريه قيمه عادله،فإن كان قيمتها أكثر مما بعث اليه كان عليه أن يرد عليه ما نقص من القيمه،و ان كان قيمتها أقل مما بعث فهو له،و لا يسترد منه شيئا،و لكن الأصحاب لم يذكروها،و قد تقدم تحقيق الكلام فى ذلك بما خطر بالبال العليل،و الفكر الكليل.

و أما ما ذكره الشيخ هنا من الصحه فى صوره حكم البائع على الوجه الذى ذكره فلم أقف فيه على دليل،و اما ما ذكروه من الضمان على المشترى للقاعده المقرره عندهم«من ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»فقد تقدم الكلام

فیه أیضا فی بعض المواضع المشار إلیها آنفا.

الثانیه [بطلان البیع إذا کان الثمن مجهولا]

قال فی المختلف:لا خلاف بیننا فی ان الثمن إذا کان مجهولا بطل البیع الا عن ابن الجنید-فإنه قال:لو وقع علی مقدار معلوم بینهما،و الثمن مجهول لأحدهما جاز إذا لم یکن بواجبه،و کان للمشتری الخیار إذا علم،و ذلک کقول الرجل یعنی کر طعام بسعر ما بعت،فاما ان جهلا جمیعا قدر الثمن وقت العقد لم یجز،و کان البیع منفسخا-و الا من السید المرتضی فی المسائل الناصریه، فإنه قال:لا یشترط العلم برأس مال السلم إذا کان معلوما بالمشاهده مضبوطا بالمعاینه -و الا من الشیخ فی المبسوط فی کتاب الإجاره فإنه قال:إذا باع شیئا بثمن جزاف جاز إذا کان معلوما مشاهدا و ان لم یعلم وزنه،و کذا مال السلم،لنا انه غرر فیکون منهیا عنه انتهی.

أقول-و نحو هذا الکلام ذکر فی الدروس،و قد تقدم نقل عبارته،و الکلام فی حکم هذه المسأله صحه و بطلانا تقدم فی المسأله السابعه المشار إلیها فی سابق هذه المسأله.

الثالثه [بطلان بیع الصبره]

قال فی المختلف:بیع الصبره باطل الا ان یعلما قدرها أو یعلمه أحدهما و یخبر الآخر حاله العقد،و لو جهلاها وقت العقد أو أحدهما بطل، سواء شاهداها أم لا،و سواء کالاها بعد ذلک أو لا،ذهب إلیه علماؤنا أجمع،إلا ابن الجنید فإنه جوز ذلک،و الشیخ قال فی المبسوط:إذا قال:بعتک هذه الصبره بعشره دراهم صح البیع،لأن الصبره مشاهده،و مشاهده المبیع تغنی عن معرفه مقداره،و قد روی أن ما یباع کیلا لا یباع جزافا و هو الأقوی عندی،ثم فرع علی الوجهین بعض الفروع و هو مشعر بتردده،و ان قوی أحدهما،و رده المختلف بأنه غرر منهی عنه بالإجماع،و جزم فی الخلاف بالبطلان.

أقول و قد تقدم الکلام فی ذلک فی المسأله المشار إلیها آنفا فیما یصح بیعه من صور بیع الصبره و ما یبطل.

الرابعه [عدم البأس بأن يعطى الغنم و البقر بالضريبه]

قال الشيخ فى النهايه:لا بأس أن يعطى الإنسان الغنم و البقر بالضريبه مده من الزمان بشىء من الدراهم و الدنانير و السمن،و إعطاء ذلك بالذهب و الفضه أجود فى الاحتياط،و نقل عن المختلف عن ابن إدريس أنه لا يجوز ذلك،و قال فى المختلف بعد نقل ذلك:و التحقيق أن هذا ليس ببيع،و انما هو نوع معاوضه و مراضاه غير لازمه،بل سائغه و لا منع فى ذلك.

أقول:و الذى حضرنى من الاخبار الوارده فى هذا المقام ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح أو الحسن عن الحلبى (۱)عن ابى عبد الله عليه السلام

فى الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبه سمنا شيئا معلوما أو دراهم معلومه من كل شاه كذا و كذا قال:

لا بأس بالدراهم،و لست أحب أن يكون بالسمن».

و ما رواه

فى الكافى عن إبراهيم بن ميمون (۲)

«أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام فقال:

نعطى الراعى الغنم بالجبل يرعاها و له أصوافها و ألبانها و يعطينا الراعى لكل شاه درهما قال:ليس بذلك بأس،فقلت:ان أهل المسجد يقولون:لا يجوز لان منها ما ليس له صوف و لا لبن،فقال أبو عبد الله عليه السلام:و هل يطيبه الا ذاك يذهب بعضه و يبقى بعض». و رواه فى التهذيب مثله.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن مدرك بن الهزهاز (۳)عن ابى عبد الله عليه السلام

فى الرجل يكون له الغنم فيعطيها بضريبه شيئا معلوما من الصوف أو السمن أو الدراهم فقال:لا بأس بالدراهم و كره السمن».

و ما روياه

فى الكتابين ايضا عن عبد الله بن سنان (۴)فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام،عن رجل دفع الى رجل غنمه بسمن و دراهم معلومه لكل شاه كذا و كذا فى كل شهر قال:لا بأس بالدراهم،و اما السمن فما أحب ذلك الا ان تكون حوالب فلا بأس بذلك».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۲۳ التهذیب ج ۷ ص ۱۲۷.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۲۴ التهذیب ج ۷ ص ۱۲۷.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۲۴ التهذیب ج ۷ ص ۱۲۷.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۲۲۴ التهذیب ج ۷ ص ۱۲۷.

و ما رواه

فی التهذیب عن إسماعیل بن الفضل (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یدفع الی الرجل بقرا و غنما علی ان یدفع الیه کل سنه من ألبانها و أولادها کذا و کذا قال:ذلک مکروه».

أقول:الظاهر تقیید ما أطلق من الاخبار فی کراهه أخذ الثمن بصحیحه عبد الله بن سنان الداله علی الجواز إذا کانت حوالب،و یستفاد من الجمیع ان المراد السمن من تلک الغنم التی یدفعها للراعی،و المستفاد من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الی بعض هو أنه یجوز أن یعطی الغنم و نحوها الی من یرعاها بضریبه یضربها المالک علی الراعی من نقد أو سمن بالشرط المتقدم،و ان ما عدا ما شرطه مما حصل من الغنم من لبن و دهن و صوف و نحو ذلک فهو للراعی فی مقابله قیامه بها و حفظها و دورانه بها فی مواضع القطر و العلف،و حینئذ یکون ذلک أجره عمله.

لکن یشکل ذلک علی قواعد الأصحاب من وجوب معلومیه الأجره و تعیینها، و المفهوم من کلام ابن إدریس ان منعه لذلک،لان دفعها علی هذا الوجه من قبیل الإجاره،و ان الإجاره هنا باطله،لأن ثمره الإجاره تملیک المنفعه،دون العین،و الذی أخذه الراعی انما هو من الأعیان لا المنافع.

قال فی السرائر:و قد روی«انه لا بأس ان یعطی الإنسان الغنم و البقر بالضریبه مده من الزمان بشیء من الدراهم و الدنانیر و السمن»و إعطاء ذلک بالذهب و الفضه أجود فی الاحتیاط و یمکن ان یعمل بهذه الروایه علی بعض الوجوه و هو ان یحلب بعض اللبن و یبیعه مع ما فی الضروع مده من الزمان علی ما وردت به الاخبار، أو یجعل عوض اللبن شیئا من العروض و یبیعه مع ما فی الضروع مده من الزمان،لأن الإجاره لا تصح هیهنا،لأن الإجاره استحقاق منافع السلعه المستأجره دون الأعیان منها،و الأقوی عندی المنع من ذلک کله،لانه غرر و بیع مجهول و الرسول علیه السلام نهی عن بیع الغرر،فمن اثبت ذلک عقدا یحتاج الی دلیل شرعی و الذی ورد فیه اخبار

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۲۱.

آحاد شذاذ،و قد بينا أن اخبار الآحاد عند أصحابنا لا توجب علما و لا عملا،و الواجب على المفتى الرجوع فى صحه الفتوى إلى الأدله القاطعه انتهى.

و المراد من قوله«و يمكن ان يعمل بهذه الروايه الى آخره،ان المالك يبيع الراعى ما فى ضروع الغنم من الألبان مده من الزمان بضميمه يضمها الى ذلك من لبن يحلبه منها أو عرض،فتصير الألبان أو ما يخرج منها من سمن و نحوه للراعى بالبيع، و يشترط عليه المالك بما يريد من سمن أو لبن أو دراهم،فيكون ما يأخذه الراعى من السمن و الألبان حلالا خاليا من الشبهه،بخلاف ما لو لم يعمل كذلك،فإنه لا وجه لاستحقاقه شيئا منها حتى انه يشترط عليه المالك بعضا و يترك له بعضا،لأن أخذه للغنم بطريق الإجاره لها أو لالبانها غير صحيح،لما ذكر من أن الإجاره انما تفيد تمليك المنفعه لا العين،و لهذا ان العلامه إنما تفصى عن ذلك بان هذه المعامله ليست من قبيل البيع،و لا الإجاره،و انما هى نوع معاوضه و تراض من الطرفين،و ان كان غير لازم شرعا لو أريد فسخه و إبطاله،و هو جيد وقوفا على ظواهر الأخبار المذكوره و الله العالم.

الخامسه [فى بيع اللبن فى الضرع]

قال الشيخ فى النهايه:لا يجوز بيع اللبن فى الضرع،فمن أراد بيع ذلك حلب منه شيئا و اشتراه مع ما بقى منه فى الضرع فى الحال أو مده من الزمان،و ان جعل معه عرضا آخر كان أحوط،و به قال ابن البراج و ابن حمزه و ابن الجنيد،و قال الشيخ المفيد:لا يجوز بيع اللبن من الغنم الى وقت انقطاعه،لان ذلك جزاف و مجهول،و لا بأس ببيعه أرطالا مسماه،و به قال أبو الصلاح،نقل جميع ذلك العلامه فى المختلف.

ثم قال:و قال ابن إدريس لا يجوز ذلك،و هو المعتمد،لنا انه بيع مجهول ضم الى معلوم،و كان المجهول أصلا فى البيع،فلم يصح لتطرق الجهاله،إلى المبيع،إذ انضمام المعلوم اليه لا يصير جمله المبيع-بل المقصود الذاتى-معلوما، فيكون غررا انتهى.

أقول أما ما نقله عن ابن إدريس ففيه أن الذى وقفت عليه فى كتابه ظاهر بل صريح فى موافقه كلام الشيخ المتقدم،حيث قال فى باب بيع الغرر و المجازفه ما لفظه:و لا يجوز أن يباع اللبن فى الضروع،فمن أراد بيع ذلك حلب منه شيئا و اشتراه مع ما بقى فى الضروع فى الحال أو مده من الزمان على ما رواه أصحابنا، و ان جعل معه عرضا آخرا كان أحوط انتهى.

و أنت خبير بأن ظاهر الجميع الاتفاق على المنع من بيعه فى الضروع حالا من غير ضم شىء الا أن الشيخ و من تبعه جوزوه مع الضميمه،سواء كان بالنسبه إلى الموجود فى الضروع وقت العقد،أو ما يتجدد فى الزمان المستقبله، و الشيخ المفيد جوز ذلك أرطالا معينه،و لم يتعرض لبيعه مع الضميمه نفيا و لا إثباتا،و العلامه على الجواز مع الضميمه لكن بشرط ان يكون الضميمه هى المقصوده بالبيع،و الظاهر أنه المشهور بين المتأخرين.

قال فى المسالك فى مسأله بيع السمك فى الآجام مع القصب:و القول بالجواز مع الضميمه مذهب الشيخ و جماعه،استنادا الى أخبار ضعيفه،و الذى أجازه المتأخرون أن المقصود بالبيع ان كان هو القصب،و جعل السمك تابعا له صح البيع،و ان انعكس أو كانا مقصودين لم يصح،و هو الأقوى،و كذا القول فى كل مجهول ضم الى معلوم كالحمل و اللبن فى الضرع و غيرهما انتهى.

ثم ان الذى وقفت عليه من الاخبار هنا اما بالنسبه الى ما ذكره الشيخ المفيد (نور الله تعالى مرقده)فهو ما رواه

فى الكافى و الفقيه عن أبى ولاد الحناط (۱)فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الغنم يحلبها لها ألبان كثيره فى كل يوم ما تقول فيمن يشترى منه الخمسمائه رطل أو أكثر من ذلك،المأه رطل بكذا و كذا درهما فيأخذ منه فى كل يوم أرطالا حتى يستوفى ما يشترى منه؟قال:لا بأس بهذا و نحوه». و رواه الشيخ فى التهذيب عن أبى ولاد فى الموثق مثله على اختلاف

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۲۲۲،الفقيه ج ۳ ص ۱۴۵ التهذيب ج ۷ ص ۱۲۶.

فی ألفاظه:

و هذا الخبر یحتمل أن یکون البیع حالا و ان کان یأخذ منه فی کل یوم ما یریده و یحتمل أن یکون مؤجلا بآجال مختلفه فیکون من باب السلم،و لعل الأظهر الأول کما هو ظاهر عباره الشیخ المفید،و الروایه ظاهر الدلاله علی ما ذکره (قدس سره).

و أما ما یدل علی ما ذکره الشیخ فهو ما رواه فی الموثق و مثله

الصدوق فی الفقیه عن سماعه (۱)قال:

«سألته عن اللبن یشتری و هو فی الضرع فقال:لا،الا أن یحلب لک منه سکرجه فتقول:اشتری منک هذا الذی فی السکرجه و ما بقی فی ضروعها بثمن مسمی و ان لم یکن فی الضرع شیء کان ما فی السکرجه». و السکرجه بضم السین و الکاف و الراء المشدده إناء صغیر فارسی معرب،و أجاب العلامه فی المختلف-و مثله غیره ممن تأخر-عن هذه الروایه بضعف السند، و أنها غیر مسنده الی امام،و فیه ما لا یخفی علی المتأمل المنصف،فإنهم قد صرحوا بالاعتماد علی مضمرات سماعه و غیره،و استدلوا بها فی غیر موضع،ثم قال فی المختلف:و یحمل علی ما إذا کان المحلوب یقارب الثمن،و یصیر أصلا.

و اما ما ذکروه فی اشتراط صحه البیع بالضمیمه بأن یکون الضمیمه هی المقصوده بالبیع دون المضموم الیه فلا إشعار فی شیء من روایات الضمائم علی تعددها و کثرتها بذلک،بل الظاهر منها انما هو العکس،و هو أن المقصود بالبیع انما هو المضموم الیه،و انما جعلت الضمیمه تفاریا من ذهاب الثمن مجانا،علی تقدیر عدم التمکن من البیع المقصود بالذات،و لذا اعتبروا فی الضمیمه بأن یکون مما یتمول فی الجمله و ان قل،و کان الثمن فی غایه الکثره کما لا یخفی علی من نظر فی تلک الاخبار بعین التأمل و الاعتبار.

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۲۳ الفقیه ج ۳ ص ۱۴۱.

و منهـا أخبار بيع الآبق و غيرها،و قـد تقـدم فى المسأله السابعه من المقام الثالث من مقامات الفصل الأول ما يوضـح ما ذكرناه،و من اخبار المسأله أيضا ما رواه

فى الكافى عن عيص بن القاسم (۱)فى الصحيح قال:

«سـألت أبـا عبـد الله عليه السـلام عن رجـل له نعم يبيع ألبانهـا بغير كيل قال:نعم حتى ينقطع أو شـىء منها». و فيه إجمال موجب لتعدد الاحتمال و قد تقدم الكلام فى المسأله المشار إليها آنفا و الله العالم.

السادسه [فى بيع الصوف على ظهر الغنم]

اختلف الأصـحاب فى بيع الصوف على ظهر الغنم مع المشاهده، فجوزه الشـيخ المفيد(عطر الله مرقده)و منعه الشـيخ الا أن يضـم اليه غيره،و تبعه أبو الصـلاح و ابن البراج،و اختار العلامه فى المختلف مذهب الشـيخ المفيد، و كذلك ابن إدريس نظرا إلى أنه مشاهـد،و الوزن فيه حـال كونه على ظهور الغنم غير معتبر،و إلاـ لمـا جـاز بيع الثمر على رءوس الأشـجار،و ان كـانت موزونه أو مكيله بعد القطع،و صـرح المحقق فى الشرائع بالمنع و ان ضم اليه غيره،و حينئذ ففى المسأله أقوال ثلاثه و قد تقدم تحقيق القول فى هذه المسأله أيضا فى الموضع الثانى عشر من المسأله المتقدم ذكرها قريبا.

السابعه [فى بيع ما فى بطون الأنعام]

قال الشـيخ فى النهايه:لا يجوز بيع ما فى بطون الانعام و الأغنام و غيرهما من الحيوان،فإن أراد بيع ذلك جعل معه شـيئا آخر،فان لم يكن مـا فى البطون حاصـلا كـان الثمن فى مقابـل الآـخر،و تبعه ابن البراج و ابن حمزه،و قـال ابن إدريس:لاـ يجوز بيع ما فى بطون الانعـام و الأغنـام من الحيوان،فـإن أراد بيع ذلك جعل معه شـيئا آخر ليسـلم من الغرر،و ان لم يكن ما فى البطون حاصـلا كان الثمن فى الأخر على ما روى فى الاخبار من طريق الآحاد،و الأولى عندى ترك العمل بذلك أجمع لأنه غرر و جزاف منهى عنهما،و قـد روى أن من اشترى أصواف الغنم مع ما فى بطونها فى عقـد واحـد كان البيع صـحيحا ماضـيا،و الأولى عنـدى ترك العمل بهذه الروايه،لأنها زياده غرر إلى

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۹۳ التهذيب ج ۷ ص ۱۲۳.

غرر انتهی.

أقول:ما ذکره أخیرا من زیاده غرر الی غرر فی الصوره المذکوره انما یتم بناء علی المنع من بیع الصوف علی ظهور الغنم،کما هو أحد الأقوال فی المسأله و أما علی ما اختاره من الجواز کما قدمنا نقله عنه فلیس الا غرر واحد،کما لا یخفی.

و الروایه التی أشار إلیها أخیرا هی روایه

إبراهیم الکرخی (۱)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:ما تقول فی رجل اشتری من رجل أصواف مأه نعجه و ما فی بطونها من حمل بکذا و کذا درهما؟فقال:لا بأس ان لم یکن فی بطونها حمل کان رأس ماله فی الصوف».

و اما الاخبار التی أشار إلیها و طعن فیها بأنها من طریق الآحاد فلم نقف علی شیء منها سوی الروایه المذکوره،و بالجمله فإن ما ذکره جید علی أصله الغیر الأصیل،و هذه الروایه المذکوره مما یؤید مذهب الشیخ المفید و من تبعه فی جواز بیع الصوف علی ظهور الانعام بمجرد المشاهده،لأن جعله ضمیمه لما لا یجوز بیعه لولا ذلک أظهر ظاهر فی جواز بیعه وحده خاصه کما هو شأن سائر الضمائم،فلا یتوهم من الروایه الداله علی مذهب الشیخ فی تلک المسأله،بمعنی جعل الحمل ضمیمه إلی جواز بیع الصوف کما یشعر به کلام العلامه فی المختلف،لان الحمل لا یجوز بیعه وحده،و من شأن الضمیمه صحه بیعها وحدها،لتکون مصححه لبیع ذلک المجهول.

ثم انه لا یخفی أن ما ذکره ابن إدریس من عدم جواز البیع بالضمیمه فی هذا الموضع یجری فی جمیع ما ورد جواز بیعه بالضمائم،لعدم جواز بیعه منفردا مع تکاثر الاخبار بذلک فی جمله من المواضع.

و فی ارتکاب ردها من الشناعه ما لا یرتکبه محصل و لا متدین،لان مقتضی کلامه أن العله المانعه من جواز بیعه منفردا و هو الغرر هنا باقیه مع الضمیمه،فکذلک العله

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۹۴ التهذیب ج ۷ ص ۱۲۳ الفقیه ج ۳ ص ۱۴۶.

المانعه من بیع الآبق مثلا،و هو عدم التسلیم الی المشتری باقیه،و هکذا فی کل موضع ورد صحه بیعه بالضمیمه،کما تقدم فی فصل بیع الثمار ایضا و غیره،مع أنه فی بیع الآبق جوزه مع الضمیمه (۱)و هو ترجیح بغیر مرجح،و سؤال الفرق متجه.

الثامنه [فی تقبل جزیه رؤس أهل الذمه]

قال الشیخ فی النهایه:لا بأس أن یشتری الإنسان أو یتقبل بشیء معلوم جزیه رؤس أهل الذمه،و خراج الأرضین و ثمره الأشجار،و ما فی الآجام من السموک إذا کان قد أدرک شیء من هذه الأجناس،و کان البیع فی عقد واحد و لا یجوز ذلک ما لم یدرک منه شیء علی حال،و منع ابن إدریس من ذلک،قال:لان هذا بیع مجهول، و لا یرجع فی مثل هذا الی أخبار الآحاد،و ظاهر العلامه فی المختلف موافقه ابن إدریس هنا.

أقول و الذی یدل علی ما ذکره الشیخ ما رواه

الشیخ و الکلینی عن إسماعیل بن الفضل الهاشمی (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یتقبل بجزیه رؤس الرجال و بخراج النخل و الآجام و الطیر،و هو لا یدری لعله لا یکون من هذا شیء أبدا أو یکون؟قال:إذا علم من ذلک شیئا واحدا أنه قد أدرک اشتراه و تقبل به».

و ما رواه

فی الفقیه عن أبان بن عثمان عن إسماعیل بن الفضل (۳)عن ابی عبد الله(ع) قال:

«سالته عن الرجل یتقبل خراج الرجال و جزیه رؤوسهم و خراج النخل و الشجر و الآجام و المصاید و السمک و الطیر و لا یدری هذا لا یکون أبدا أو یکون أ یشتریه و فی أی زمان یشتریه و یتقبل به منه،فقال:إذا کان علمت ان من ذلک شیئا واحدا قد أدرک فاشتراه و تقبل به». و طریق الصدوق الی أبان بن عثمان هنا صحیح

۱- ۱) قال:و لا یجوز أن یشتری الإنسان عبدا آبقا علی الانفراد فان اشتراه لم ینعقد البیع إلا إذا اشتراه مع شیء آخر من متاع أو غیره منضم الی العقد،و یکون العقد ماضیا انتهی منه رحمه الله.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۹۵ التهذیب ج ۷ ص ۱۲۵.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۱۴۱.

و العلامه فى المختلف طعن فى روايه إسماعيل بن الفضل بعد أن نقل استدلال الشيخ بها،فقال:و الروايه ضعيفه السند و مقطوعه،مع أنها محموله على أنه يجوز شراء ما أدرك،و مقتضى اللفظ ذلك من حيث عود الضمير إلى الأقرب،على أنا نقول:ان هذا ليس بيعا فى الحقيقه،و انما هو نوع مراضاه غير لازمه،و لا محرمه انتهى.

أقول:أما الطعن بضعف السند فإنما يتجه على روايتى الشيخين الأولين،و الطعن بالقطع انما يتجه على روايه الشيخ فى التهذيب حيث أن فى السند ابن سماعه عن غير واحد،و الا-فروايه الكلينى ليست كذلك،الا-أن فى طريقها عبد الله بن محمد،و هو مجهول أو مشترك،و بالجمله فالروايه بطريق الصدوق صحيحه،فينتفى الطعن بالضعف،هذا مع تسليم صحه هذا الاصطلاح،و الا فإن الطعن بالضعف لا يرد على الشيخ و نحوه من المتقدمين الذين لا أثر لهذا الاصطلاح المحدث عندهم، بل الاخبار عندهم كلها صحيحه،كما اعترف به جمله من متأخرى أصحاب هذا الاصطلاح،و أما الحمل على شراء ما أدرك خاصه دون الباقى فهو تعسف محض، و الظاهر من الخبرين المذكورين انما هو المجموع،و أن هذا الذى أدرك انما هو بمنزله الضميمه المتقدم ذكرها،بمعنى أنه لو لم يحصل شىء من هذه الأشياء كان وجه القباله بإزاء هذا الذى أدرك.

و بالجمله فالظاهر هو ما ذكره الشيخ(رحمه الله عليه)للخبرين المذكورين بالتقريب الذى قلناه من كون ذلك ضميمه للصحه،سواء كان المعامله المذكوره بيعا أو صلحا أو قباله.

بقى هنا شىء و هو أن القباله هل هى من قبيل الصلح،أو عقد برأسها قال شيخنا الشهيد الثانى(قدس سره):ظاهر الأصحاب أن للقباله حكما خاصا زائدا على البيع و الصلح،لكون الثمن و المثمن واحدا و عدم ثبوت الربا،و ظاهر الشهيد(رحمه الله عليه)فى الدروس أنها نوع من الصلح،و قال فى كتاب مجمع البحرين:و القباله بالفتح الكفاله.و هى فى الأصل مصدر قبل إذا كفل،و قباله

الأرض أن يتقبلها الإنسان من الامام بأن يعطيها إياه مزارعه أو مساقاه و ذلك فی ارضن الموات و أرض الصلح انتهی.

و الظاهر أن ما هنا من قبیل الکفاله،فإنه تکفل بهـذا المبلغ المعلوم الـذی تراضـیا به من هـذه الأشـیاء المعدوده فی الخبرین،سواء حصل منها ما هو أزید أو أنقص و الله العالم.

التاسعه [فی شراء تبن البیدر لکل کر بشیء معلوم و إن لم یکل]

قال الشـیخ فی النهایه لا بأس أن یشتری الإنسان تبن البیدر لکل کر من طعام تبنه بشـیء معلوم و ان لم یکل بعد الطعام،و به قال ابن حمزه،و قـال ابن إدریس لا یجوز بیعه،لانه مجهول وقت العقـد غیر معلوم،و لا بـد أن یکون معلوم القـدر وقت العقـد علیه،و هـذا غیر معلوم و لاـ محصل،فالبیع باطل،لانه لا فرق بین ذلک و بین من قال:بعتک هـذه الصبره من الطعام کل قفیز بـدینار،و لم یختبر کم فیها وقت العقـد و لا کالها ذلک الوقت،و یکون العقد و الصـحه موقوفا علی کیلها فإذا کالها صح البیع المتقدم،و هذا باطل بالإجماع انتهی.

و اختار فی المختلف قول الشیخ(رحمه الله علیه)قال:لنا أنه مشاهد فیصح بیعه لانتفاء الغرر فیه،و ما رواه

زراره (۱)فی الصحیح قال:

«سألت أبا جعفر علیه السـلام،عن رجل اشتری تبن بیدر قبل أن یداس تبن کل بیدر بشیء معلوم یأخذ التبن و یبیعه قبل أن یکال الطعـام؟قـال:لاـ بـأس». و الجهاله ممنوعه إذ من عاده الزراعه قـد یعلم مقـدار ما یخرج من الکر غالبا و لا یشترط الإحاطه بجمیع المبیع بحیث ینتفی الجهاله من کل أحواله،بل یبنی فی ذلک علی المتعارف انتهی.

أقول:هذه الروایه قد رواها الشـیخ فی التهذیب و الصدوق فی الفقیه عن جمیل عن زراره فی الصحیح،الا أن الذی فی الفقیه کل کر بشیء معلوم،و هو أظهر.

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۲۵ الفقیه ج ۳ ص ۱۴۲.

و رواها أيضا

المشايخ الثلاثه فی الصحیح عن جمیل (۱)قال:

«قلت لأبی عبـد الله علیه السـلام:اشتری رجل تبن بیدر کل کر بشـیء معلوم فیقبض التبن و یبیعه قبل أن یکال الطعام قال:لا بأس به».

قال بعض مشایخنا(عطر الله مراقدهم)بعد نقل خبر جمیل المذکور:

هـذا مخـالف لقواعـد الأصـحاب من وجهین الأـول من جهه جهـل المبیع،لاـن المراد به امـا کل کر من التبن،أو تبن کل کر من الطعام،کما هو ظاهر من قوله قبل أن یکال الطعام،و علی التقدیرین فیه جهاله.

الثـانی من جهه البیع قبـل القبض،ثم أجاب عن الأول بما ذکره فی المختلف و قال فی الجواب عن الثانی:فعلی القول بالکراهه لا اشـکال،و علی التحریم فلعله لکونه غیر موزون،أو لکونه غیر طعام،أو لأنه مقبوض و ان لم یکتل الطعام یعـد، کما هو مصـرح به فی الخبر،انتهی.

أقول:لا یخفی علی من أحاط خبرا بما قدمناه فی المسأله التی تقدم مکررا الإشاره إلیها من سهوله الأمر فی معرفه المبیع الموجبه للخروج من الجهاله و الغرر، و انها تکفی و لو بوجه ما،ان الأمر فی هذه المسأله انما خرج ذلک المخرج،فان التبن لا اشـتباه و لا تعدد فی أفراده بحیث یحتاج الی وصفه،و لیس بمعدود و لا مکیل و لا موزون حتی یحتاج إلی شیء من ذلک،فیکفی فی قصد بیعه تخصـیصه ببیـدر مخصوص،و اشتراط تبن کل کر من الطعام بکـذا و کذا کما تضـمنته الروایه،فإن بذلک تحصل المعلومیه فی الجمله،و بالجمله فالواجب الوقوف علی النص المـذکور و عـدم الالتفات الی هذه التعلیلات العلیله،سـیما مع تأیده بما قدمناه من النصوص التی من هذا القبیل و الله العالم.

العاشره [فی أنه یکره بیع صک الورق حتی یقبض]

قد روی الشیخ فی التهذیب عن غیاث بن إبراهیم (۲)عن جعفر

ص: ۷۰

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۸۰ عن جمیل التهذیب ج ۷ ص ۱۲۵ مع اختلاف یسیر الفقیه ج ص ۱۴۲.
۲- ۲) الوسائل الباب ۱۶ من أبواب أحکام العقود الرقم-۲۰.

عن أبيه عن على عليهم السلام «أنه كره بيع صك الورق حتى يقبض». قال فى النهايه الأثيريه فى حديث أبى هريره قال المروان:أحللت بيع الصكاك،هى جمع صك و هو الكتاب،و ذلك أن الأمراء كانوا يكتبون الناس بأرزاقهم و عطياتهم كتبا فيبيعون ما فيها قبل أن يقبضوها معجلا،و يعطون المشترى الصك ليمضى و يقبضه فنهوا عن ذلك لانه بيع ما لم يملك و لم يقبض،انتهى.

و قال ابن إدريس فى السرائر:و لا يجوز أن يبيع الإنسان رزقه على السلطان قبل قبضه له،لان ذلك بيع غرر،و بيع ما ليس يملك له،لانه لا يملكه الا بعد قبضه إياه،و لا يتعين ملكه الا بعد قبضه إياه،و كذلك بيع أهل مستحق الزكوات و الأخماس قبل قبضها،لانه لا يتعين ملكها لهم الا بعد قبضها،فجميع ذلك غير مضمون،و بيعه غير جائز و لا صحيح،انتهى.

و قد تقدم كثير من مسائل هذا الفصل فى الفصول المتقدمه.

الفصل الثانى عشر فى نكت متفرقه

اشاره

و هى بمنزله النوادر لكتاب البيع،

الاولى:لو أمر العبد آمر أن يبتاع له نفسه من مولاه

فظاهر كثير منهم الجواز،و قيل:بالعدم،و علل العدم بأمرين،أحدهما اعتبار التغاير بين المتعاقدين،و عباره العبد كعباره سيده، و ثانيهما اشتراط اذن المولى فى تصرف العبد،و لم يسبق له منه اذن،و رد الأول بأن المغايره الاعتباريه كافيه،و من ثم اجتزئنا بكون الواحد الحقيقى موجبا قابلا-و هنا أولى،و الثانى بأن مخاطبه السيد له بالبيع فى معنى التوكيل له فى تولى القبول،و يظهر من بعض محققى متأخرى المتأخرين المناقشه فى الثانى قال:إذ ينبغى ثبوت الوكاله قبل العقد،و يمكن القول بأنه حاصل هنا لان خطابه بأن يبيعه من موكله يدل على تجويز الوكاله سابقا و الرضا،الا أن يقال:لا بد من التصريح حتى يعلم العبد الذى هو الوكيل،و ذلك غير معلوم،و قد يناقش فى القبليه أيضا،إذ قد يكفى المعيه و حين العقد،بحيث لا يقع جزء من العقد قبل الوكاله،انتهى.

ص: ٧١

أقول:و المسأله لخلوها عن النص موضع إشكال،فإن مقتضى قواعدهم و هو ظاهر الاخبار أيضا أن المملوک محجور علیه،لا یصح شیء من أفعاله من بیع و غیره الا بإذن مولاه،و ظاهر تفرع الصحه علی تقدم الاذن و الوکاله،و الذی هنا لیس کذلک و الله العالم.

الثانیه [فی أنه یجوز للحاکم أن یبیع علی السفیه و المفلس و الغائب] :

قد صرح جمله من الأصحاب بل الظاهر أنه لا خلاف فیه-بأنه یجوز للحاکم الشرعی أن یبیع علی السفیه و المفلس و الغائب مع المصلحه،و ظاهر أخبار نیابته عن الامام علیه السلام یقتضی ذلک،فإن للإمام علیه السلام ذلک لأنه أولی بالمؤمنین من أنفسهم.

و کما ورد فی خصوص المفلس مثل

روایه عمار (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام

«قال کان أمیر المؤمنین علیه السلام یحبس الرجل إذا التوی علی غرمائه،ثم یأمر فیقسم ماله بینهم بالحصص،فان أبی باعه فیقسم بینهم یعنی ماله».

و مثلها روایه غیاث بن إبراهیم عن جعفر عن أبیه علیهما السلام

و فی مرسله جمیل (۲)عن جماعه من أصحابنا عنهما علیهما السلام قالا

الغائب یقضی عنه إذا قامت علیه البینه و یباع ماله و یقضی عنه دینه و هو غائب و یکون الغائب علی حجته إذا قدم» الحدیث. و هو ظاهر فی بیع الحاکم الشرعی الذی قد ثبت الدین عنده بالبینه، و یتعدی ذلک الی عدول المؤمنین مع فقد الحاکم الشرعی کما یدل علیه بعض الاخبار من جواز تولی عدول المؤمنین لبعض الحسبیات مع فقد الحاکم،و لأنه إحسان محض،و لا سبیل علی المحسنین.

الثالثه [فی أنه یجوز الجمع فی عقد واحد من المختلفات] :

قد صرح جمله من الأصحاب بأنه یجوز الجمع فی عقد واحد بین لمختلفات کبیع،و اجاره،و نکاح،و سلف،بعوض واحد،و یقسط عن ثمن المثل،

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۰۲ الوسائل الباب-۶ من أبواب أحکام الحجر الرقم-۱.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۰۲.

و أجره المثـل و مهره،كـان يقول:بعتـك هـذا الثوب،و آجرتـك هـذا الـدار سـنه، و أنكحتـك ابنتى،و بعتك مأه من حنطه إلى شهر،بمأه دينار،فيقول:قبلت،فإنه صحيح عندهم،و اعترضهم فى هذا المقام المحقق الأردبيلى(عطر الله مرقده)فقال:

بعد نقل ذلك عنهم،دليله عموم أدله جواز العقود،و عدم ظهور المانع،و يمكن عدم الجواز،لجهاله ثمن المبيع،و أجره السكنى،و مهر الابـنه حـال البيع،و هو ليس أقـل فى الجهل مما إذا قال:بعتك هـذه الصبره كل قفيز بكـذا،و هو غير جائز عنـدهم للجهاله،و لهذا نقل فى التذكره عن الشـيخ عدم جواز بيع عبدين يكون كل واحد منهما لشـخص و باعاهما صفقه لجهاله ثمن كل واحد،و يمكن الفرق بأن هذا الكل لشخص واحد،و الظاهر أنه لا ينفع على أن المهر للبنت،و أنهم ما يفرقون و يؤيد عدم الجواز ما روى من طرقهم و طرقنا المنع من جواز بيع و شرط مثل

روايه عمار (1)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«بعث رسول الله صـلى الله عليه و آله رجلاـ من أصـحابه واليا فقال له:انى بعثتك الى أهل الله يعنى الى أهل مكه فأنهاهم عن بيع ما لم يقبض و عن شرطين فى بيع و عن ربح ما لم يضمن». و يطلق الشرط على البيع كثيرا.

و روايه سليمان بن صالح (2)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«نهى رسول الله صـلى الله عليه و آله عن سـلف و بيع،و عن بيعين فى بيع،و عن بيع ما ليس عنـدك،و عن ربـح ما لم يضـمن». و المصنف فى التذكره رد دليل الشيخ بأنه يكفى معلوميه ثمن الكل،و لا يحتاج إلى معرفه ثمن الاجزاء لان الصفقه الواحده يكفى معلوميه الثمن الـذى فيهـا و قـال:ليس المراد بالشـرط كـل الشـرط لجواز البعض بالاتفـاق فكـأنه محمول على الشـرط المخـالف للكتـاب و السـنه فحمـل الشـرط على معناه،و الظاهر ما قلناه كما يفهم من هـذه الروايه،و يمكن أن يقال:الروايتان غير صـحيحتى السـند،فلا يصـلحان لمعارضه عموم أدله الكتاب و السنه و الأصل،و يمكن حملها على بعض الشرائط المخالفه للكتاب و السنه،و البيوع الغير الجائزه فتأمل و الاحتياط واضح،انتهى كلامه زيد مقامه.

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ٢٣١.

٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٠.

أقول:و يمكن تطرق النظر إليه فى مقـامين:أحـدهما ما ذكره من جهاله ثمن المبيع و أجره السـكنى،فان فيه ما ذكره العلامه هنا،و هو المفهوم من قواعدهم فى أمثال هذا المقام،و حاصـله أن اعتبار معلوميه القيمه انما هو باعتبار العقد الواقع و الصفقه التى انعقد عليهـا البيع،سواء كـان مـا وقع عليه متحـدا أو متعـددا و ان احتيـج بعـد ذلك الى التقسـيط فى المتعـدد،كما لو باع ملكه و ملك غيره،و الجهاله بالنسبه إلى قسط كل واحد مما وقع عليه العقد غير مؤثر.

قال فى المسالك:لا خلاف عنـدنا فى صـحه ذلك كله،لان الجميع بمنزله عقد واحد،و العوض فيه معلوم بالإضافه إلى الجمله،و هو كاف فى انتفاء الغرر و الجهاله، و ان كان عوض كل منها بخصوصه غير معلوم،و كون كل واحد بخصوصه بيعا فى المعنى،و بعضه إجاره أو غيرها الموجب لعوض معلوم لا يقدح،لان لهذا العقد جهتين،فبحسب الصوره هو عقد واحد،فيكفى العلم بالنسـبه اليه،ثم ان احتيـج الى التقسـيط قسط على ما ذكر،و هو نص فيما قلنا،الا أن يحمل كلامه(قـدس سـره) على منع ذلك،و أنه حيث كان مرجع هـذا العقـد فى المعنى الى عقود متعـدده فإنه يشترط فى كل من تلك العقود،و هذا التفريع الذى ذكره فى المسالك انما يتجه لو قام الدليل على صحه مثل هذا العقد،و قد عرفت أنه لا دليل عليه زياده على ما يدعونه من الإجماع بينهم.

و ثانيهما ما اسـتند اليه من الخبرين المذكورين،فانى لا أعرف لذلك وجها ظاهرا و ان سـلمنا إطلاق الشـرط على البيع،فإنه ليس فى العقـد المفروض أولا بيعان فى بيع،ليدخل تحت هذين الخبرين،و بيان معنى الخبرين المذكورين أن معنى بيعين فى بيع على ما ذكره بعضـهم هو أن يقول بعتك هـذا الثوب نقـدا بعشـره،و نسيئه بخمسه عشـر،قال:و انما نهى عنه لانه لا يدرى أيهما الثمن الذى يختاره ليقع عليه العقد.

أقول فيه أن ما ذكره،و ان كان هو المصـرح به فى كلام الأصـحاب لكنه مردود بما صرحت به الاخبار من صحه البيع،و أنه ليس له الا أقلهما نظره،و قيل:ان

معناه هو أن يقول:بعتک هذا بعشرين على أن تبعنى ذلک بعشره،و أما معنى بيع و سلف فهو أن يقول:بعتک منا من طعام حالا بعشره،و سلفا بخمسه.

و أما النهى عن بيع ما ليس عنده فيجب تخصيصه بما إذا كان البيع حالا، و المبيع غير موجود فى ذلک الوقت،كالبطيخ و نحوه فى غير أوانه،و الا فلا مانع من الصحه اتفاقا نصا و فتوى.

و أما النهى عن ربح ما لم يضمن فالمراد ان يبيع المتاع الذى اشتراه مرابحه قبل أن يوجب البيع،فإنه قد ورد النهى عنه فى عده أخبار.

و أما بيع ما لم يقبض،فقد تقدم الكلام و الخلاف فيه تحريما و كراهه بالنسبه إلى المكيل و الموزون،أو الطعام بخصوصه،و بالجمله فإنى لا أعرف لاستناده الى هذين الخبرين وجها ظاهرا.

نعم يمكن ان يقال:ان الأصل بقاء كل شيء على أصله حتى يثبت الناقل شرعا،و لم يثبت كون مثل هذا العقد المشتمل على هذه الأشياء المختلفه ناقلا، و الذى علم من الاخبار و هو الذى استمر عليه عمل الناس و عادتهم انما هو استقلال البيع بعقد على حده،و النكاح بعقد على حده،و السلف كذلک،و الإجاره و نحو ذلک،و الأحكام التى بحثوا عنها فى هذه العقود انما تترتب على ذلک،ثبوت ذلک فى بيع أمتعه متعدده فى عقد واحد و تقسيط الثمن على الجميع لو سلم الدليل على صحته،لا يقتضى قياس هذا العقد عليه كليه،لظهور الفارق و لا سيما بالنسبه إلى عقد النكاح،فإنهم إنما حكموا هنا بمهر المثل،مع أن الظاهر أن هذه من قبيل المفوضه،و هى التى لم يعين لها مهر،و قد صرحوا بأنها ترجع الى مهر السنه لو زاد مهر المثل عنه،فلا يتم إطلاق مهر المثل هنا،و بالجمله فالمسأله محل توقف و اشكال.

و اما كيفيه التقسيط بناء على ما ذكروه من صحه العقد المذكور فهو أن يقوم كل من تلک الأشياء منفردا و تنسب قيمته الى المجموع،ثم يؤخذ من ذلک

العوض الذی وقع علیه العقد بتلک النسبه (۱).

الرابعه:لو تضمن عقد البیع شرطا فاسدا

قال الشیخ یبطل الشرط خاصه دون البیع،و به قال ابن الجنید و ابن البراج،و قال العلامه فی المختلف بعد نقل ذلک:

و المعتمد عندی بطلان العقد و الشرط معا،قال لنا أن للشرط قسطا من الثمن،فإنه قد یزید باعتباره،و قد ینقص،و إذا بطل الشرط بطل ما بإزائه من الثمن و هو غیر معلوم فتطرقت الجهاله إلی الثمن،و یبطل البیع،و أیضا البائع إنما رضی بنقل سلعته بهذا الثمن المعین علی تقدیر سلامه الشرط له و کذا،المشتری إنما رضی ببذل هذا الثمن فی مقابله العین علی تقدیر سلامه الشرط،فإذا لم یسلم لکل منهما ما شرطه، کان البیع باطلا،لانه یکون تجاره عن غیر تراض ثم نقل عن الشیخ انه احتج بقوله تعالی (۲)«وَ أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ» و هذا بیع فیکون صحیحا،و الشرط باطلا،لانه مخالف للکتاب و السنه.

و بما روی

عن عائشه (۳)

«أنها اشترت بریره بشرط العتق،و یکون ولائها لمولاها فأجاز النبی صلی الله علیه و آله البیع و أبطل الشرط،و صعد المنبر،و قال:ما بال أقوام یشترطون شروطا لیست فی کتاب الله،کل شرط لیس فی کتاب الله فهو باطل و کتاب الله أحق،و شرطه أوثق». ثم قال مجیبا عن ذلک:و الجواب عن الأول أن المبیع انما یکون حلالا لو وقع علی الوجه المشروع،و نحن نمنع من شرعیته،

۱- ۱) و توضیحه أن یقال:قیمه الثوب یومئذ بخمسه دنانیر،و أجره الدلال دیناران،و مهر المثل عشرون دینارا و قیمه الحنطه إلی المده المذکوره ثلاثه دنانیر، مجموع هذه الدنانیر ثلاثون دینارا،و نسبه قیمه الثوب و هی الخمسه إلی الثلاثین السدس،فیؤخذ من العوض المذکور فی العقد سدسه،و هکذا باقی تلک الأشیاء المذکوره فی العقد.منه رحمه الله.

۲- ۲) سوره البقره الآیه-۲۷۵.

۳- ۳) المستدرک ج ۲ ص ۴۷۳.

و عن الثانی من وجوه الأول الطعن فی السند،الثانی الحدیث ورد هکذا (۱).

«قالت عائشه:جائتنی بریره فقالت:کاتبت أهلی علی تسع أواق فی کل عام أوقیه فاعیننی فقالت لها عائشه:ان أحب أهلک ان أعدها لهم،و یکون ولاؤک لی فعلت فذهبت بریره إلی أهلها فقالت لهم:ذلک فأبوا علیها،فجائت من عند أهلها و رسول الله(صلی الله علیه و آله)جالس،فقالت:انی عرضت ذلک علیهم فأبوا الا أن یکون الولاء لهم،فسمع ذلک النبی صلی الله علیه و آله فسألها فأخبرت عائشه النبی صلی الله علیه و آله فقال:

خذیها و اشترطی لهم الولاء،فإنما الولاء لمن أعتق،ففعلت عائشه،ثم قام:

رسول الله صلی الله علیه و آله فحمد الله و أثنی علیه،ثم قال:أما بعد فما بال رجال یشترطون شروطا لیست فی کتاب الله ما کان من شرط لیس فی کتاب الله عز و جل فهو باطل و ان کان مأه شرط،فقضاء الله أحق و شرط الله أوثق،و انما الولاء لمن أعتق».

و هذا ینافی ما ذکره الشیخ و استدل به علیه،لأن بریره أخبرت بأنها کوتبت و طلبت الإعانه من عائشه،فسقط الاستدلال به بالکلیه.

الثالث المراد بقوله علیه السلام«اشترطی لهم الولاء»ای علیهم لانه علیه السلام أمرها به، و لا یأمرها بفاسد،و کیف یتأتی عن الرسول مع تحریم خائنه الأعین و هو الغمز وضع حیله لا تتم انتهی کلامه زید إکرامه.

و لا یخفی ما فیه علی الفطن النبیه الذی قد جاس خلال دیار الاخبار و ما جرت به فی هذا المضمار و ان کان قد تبعه علی هذا القول جل المتأخرین بل کلهم علی ما یظهر من کلام من وقفنا علی کلامه،و منهم شیخنا الشهید الثانی و سبطه السید السند فی شرح النافع و غیرهم.

و ما ذکره(قدس سره)من التعلیل لبطلان العقد بالعلل الاعتباریه المذکوره و ان کان مما یتسارع الی الذهن قبوله،الا أن الاخبار ترده و تدفعه،و ما ذکره من خبری بریره هنا من کلام الشیخ الذی نقله عنه و فی کلامه هو«قدس سره»الظاهر انه من طرق العامه.

۱- ۱) سنن البیهقی ج-۱۰-۲۹۵.

و الذی وقفت علیه من طرقنا هو ما رواه

المشایخ الثلاثه فی الصحیح عن الحلبی (۱)

«عن أبی عبد الله علیه السلام،أنه ذکر أن بریره کانت عند زوج لها و هی مملوکه فاشترتها عائشه فأعتقتها،فخیرها رسول الله صلی الله علیه و آله،و قال:ان شائت تقر عند زوجها و ان شائت فارقته،و کان موالیها الذین باعوها اشترطوا علی عائشه أن لهم ولاءها فقال رسول الله صلی الله علیه و آله:الولاء لمن أعتق».

و ما رواه

فی الکافی فی الصحیح عن عیص بن القسم (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قالت عائشه لرسول الله صلی الله علیه و آله:ان أهل بریره اشترطوا ولاءها فقال رسول الله صلی الله علیه و آله:الولاء لمن أعتق».

و الحدیثان کما تری صحیحان صریحان فی صحه البیع مع فساد الشرط، و به یظهر أن خبر الشیخ و ان کان عامیا الا انه هو الأصح لموافقته لاخبار أهل البیت علیهم السلام بخلاف خبره.و بذلک ایضا یظهر بطلان ما ذکره من تلک التعلیلات العلیله.

و من الاخبار الوارده فی المسأله المذکوره بالنسبه إلی النکاح ما رواه

الشیخ فی الصحیح عن محمد بن قیس (۳)

«عن أبی جعفر علیه السلام فی رجل یتزوج المرأه إلی أجل مسمی،فان جاء بصداقها إلی أجل مسمی فهی امرأته و ان لم یأت بصداقها إلی الأجل فلیس له علیها سبیل،و ذلک شرطهم بینهم حین انکحوا،فقضی للرجل أن بیده بضع امرأته و أحبط شرطهم». و نحوها صحیحه ثانیه له أیضا.

و ما رواه

فی الکافی عن الوشاء (۴)عن الرضا علیه السلام قال:

«سمعته یقول لو ان رجلا تزوج امرأه جعل مهرها عشرین ألفا و جعل لأبیها عشره آلاف کان المهر جائزا و الذی جعله لأبیها فاسدا».

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۷۹.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۹۸ التهذیب ج ۶ ص ۲۵۰.

۳- ۳) الوسائل الباب-۱۰ من أبواب المهور الرقم-۲.

۴- ۴) الوسائل الباب-۹-من أبواب المهور الرقم-۱.

قال السید السند فی شرح مختصر النافع یستفاد من هذه الروایه عدم فساد العقد باشتماله علی هذا الشرط الفاسد انتهی،و قدم تقدم الکلام فی هذه المسأله مرارا عدیدا سیما فی مقدمات الکتاب فی جلد کتاب الطهاره،و قد ذکرنا ثمه ورود بعض الاخبار داله أیضا علی القول المشهور(۱)و ان الاولی هو الوقوف علی الاخبار فی کل جزئی من الأحکام من غیر أن یکون ذلک قاعده کما ادعوه.

ثم انه لا یخفی أن ما أجاب به عن حجه الشیخ الاولی محض مصادره،و أن حدیثه الثانی الذی أورده علی الشیخ دال علی ما دل علیه خبر الشیخ،فان قوله صلی الله علیه و آله لعائشه:

خذیها اشترطی لهم الولاء،ثم خط بعد ذلک بما یدل بطلان الشرط خاصه،أظهر ظاهر فی المدعی،و العجب منه«قدس سره»اعتذاره عما دل علیه الخبر المذکور من الغمز و خیانه الأعین،مع کون الخبر عامیا،و أعجب من ذلک جعل الاعتذار المذکور وجها ثالثا من وجوه الجواب عن حدیث الشیخ،مع أن ذلک انما هو فی حدیثه،و بالجمله فإن الاستعجال و عدم التدبر فی المقال مما یوجب مزید الاختلال.

الخامسه [جواز بیع الشیء الیسیر بأضعاف قیمته بشرط أن یقرضه أو یسلمه] :

قال العلامه فی المختلف:المشهور بین علمائنا الماضین و من عاصرناه الا من شذ أنه یجوز بیع الشیء الیسیر بأضعاف قیمته بشرط أن یقرض البائع المشتری شیئا،لأنهم نصوا علی جواز أن یبیع الإنسان شیئا و یشترط الإقراض أو الاستقراض، أو الإجاره أو السلف أو غیر ذلک من الشروط السابقه،و قد کان بعض من عاصرناه یتوقف فی ذلک،لنا وجوه.

الوجه الأول:قوله تعالى (۱)«وَ أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ» و هذا أحد جزئياته.

الثاني:قوله تعالى (۲)«إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ» دل الاستثناء على تسويغ التجاره المقترنه بالرضا،و صوره النزاع داخل تحته.

الثالث:أنه لا خلاف بين علماء الأمصار فی جواز بيع الشیء بأضعاف قيمته، فنقول انضمام الشرط اليه لا يغير حكمه،لأنه شرط سائغ يجوز اشتراطه فی البيع بثمن المثل،أو فی الإجاره أو غيرهما من العقود إجماعا فيجوز فی صوره النزاع، إذ الحكمه الداعيه إلی شرعيته فی تلك الصور موجوده هنا،

و لقولهم عليهم السلام (۳)

«المؤمنون عند شروطهم».

الرابع:اتفاق علماء الإماميه السابقين،فإنهم قالوا لا بأس أن يبتاع الإنسان من غيره متاعا أو حيوانا أو غير ذلك بالنقد و النسيه،و يشترط أن يسلفه البائع شيئا فی مبيع أو يقرضه شيئا معلوما إلی أجل.أو يستقرض منه،فيكون حجه،لما ثبت من أن إجماع الإماميه حجه.

قال المفيد:لا بأس ان يبتاع الإنسان من غيره متاعا أو حيوانا أو عقارا بالنقد و النسيئه معا علی أن يسلف البائع شيئا فی مبيع أو يستسلف منه فی مبيع،أو يقرضه مأه درهم الی أجل أو يستقرض منه.

قال:و قد أنكر ذلك جماعه من أهل الخلاف و لسنا نعرف لهم حجه فی الإنكار و ذلك ان البيع وقع علی وجه حلال،و السلف و القرض جائزان،و اشتراطهما فی عقد البيع غير مفسد له بحال،قال:

و قد سئل الباقر عليه السلام عن القرض يجر النفع

«فقال:خير القرض ما جر المنفعه».

الخامس:تظاهر الروايات عليه و تطابقها من غير معارض،فيتعين العمل عليه،

روی سليمان بن محمد الديلمی (۴)عن أبيه عن رجل

«كتب الی العبد

۱- ۱) سوره البقره الآيه-۲۷۵.

۲- ۲) سوره النساء الآيه-۲۹.

۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۱۹۶ التهذيب ج ۷ ص ۲۲.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۳۳ لكن فيه عن محمد بن سليمان الديلمى.

الصالح(علیه السلام):یسأله أنی أعامل قوما أبیعهم الدقیق أربح علیهم فی القفیز درهمین إلی أجل معلوم،و هم یسألونی أن أعطیهم عن نصف الدقیق دراهم،فهل من حیله لا أدخل فی الحرام؟فکتب إلیه أقرضهم الدراهم قرضا و ازدد علیهم فی نصف القفیز ما کنت تربح علیهم».

و فی الصحیح عن عبد الملک بن عتبه (۱)قال:

«سألته عن الرجل یرید أن أعینه المال و یکون لی علیه مال قبل ذلک فیطلب منی مالا أزیده علی مالی الذی علیه أ یستقیم أن أزیده مالا و أبیعه لؤلؤه تسوی مأه درهم بألف درهم،فأقول له:أبیعک هذه اللؤلؤه بألف درهم علی أن أؤخّرک بثمنها و بمالی علیک کذا و کذا شهرا؟ قال:لا بأس».

و عن محمد بن إسحاق بن عمار (۲)قال:

«قلت للرضا علیه السلام:

الرجل یکون له المال قد حل علی صاحبه یبیعه لؤلؤه تسوی مأه درهم بألف درهم و یؤخر عنه المال الی وقت؟قال:لا بأس،قد أمرنی أبی ففعلت ذلک و زعم أنه سأل أبا الحسن علیه السلام:عنها فقال له:مثل ذلک». ثم أطال فی الاستدلال الی أن بلغ خمسه و عشرین دلیلا و أوضحها ما ذکرناه.

ثم نقل حجه المانعین فقال:احتج المانعون بما رواه

یعقوب بن شعیب (۳)فی الصحیح عن الصادق علیه السلام:قال:

«سألته عن رجل یسلم فی بیع أو تمر عشرین دینارا و یقرض صاحب السلم عشره دنانیر أو عشرین دینارا قال:لا یصلح، إذا کان قرضها یجر نفعا فلا یصلح».

و عن محمد بن قیس (۴)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«من أقرض رجلا ورقا

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۰۶ التهذیب ج ۷ ص ۵۲.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۰۵ التهذیب ج ۷ ص ۵۳.

۳- ۳) الوسائل الباب ۱۹ من أبواب الدین الرقم-۹.

۴- ۴) الوسائل الباب-۱۹-من أبواب الدین الرقم ۱۱.

فلا يشترط الا مثلها،فإن جوزى بأجود منها فليقبل،و لا يأخذ أحد منكم ركوب دابه أو عاريه متاع يشترط من أجل قرض ورقه».

و ما رواه

خالد بن الحجاج (۱)قال:

«جاء الربا من قبل الشروط».

و ما رواه

الوليد بن صبيح (۲)عن الصادق عليه السلام قال:

«الذهب بالذهب و الفضه بالفضه و الفضل بينهما هو الربا المنكر». و لان البيع بالمحاباه نفع و هو مشترط فى القرض،فيجب ان يكون حراما.

ثم أجاب عن ذلك قال:و الجواب عن الروايات بعد سلامه سندها أنها داله على الكراهه لا التحريم،على أنا نقول الروايه الاولى-و هى الصحيحه-معارضه بروايه محمد بن مسلم،و نقول بموجب الروايه الثانيه،فإن اشتراط النفع فى القرض حرام بالإجماع،و هو غير صوره النزاع،و كذا عن الروايه الثلاثه،فإن كل شرط لو تضمن الربا لكان باطلا بالإجماع،مع انا نصحح أكثر الشروط بالإجماع،فإذا لا محل لها الا مع اشتراط الزياده فى المتساوى جنسا مع عقد البيع،و هذا هو الربا بعينه،و هو غير محل النزاع.

و كذا الرابعه فإنها صريحه فى تناول الربا إذ لا قائل بإباحه الفضه بالفضه مع الزياده،و لا الذهب بالذهب مع الزياده.

و عن الثانى بوجهين الأول-المعارضه بما روى من

قولهم عليهم السلام (۳)

«خير القرض ما جر نفعا». و لان المتنازع اباحه البيع بالمحاباه مع اشتراط القرض،لا العكس انتهى ملخصا.

أقول منشأ شبهه القائل المذكور هو أنه لما كان السبب فى هذا القرض من

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۱۱۲.
۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۹۸.
۳- ۳) الوسائل الباب-۱۹-من أبواب الدين الرقم ۵.

البائع للمشتری هو کون المشتری أخذ سلعته بأضعاف قیمتها،فیصیر الحامل للبائع علی القرض هو ذلک،و القرض إذا جر المنفعه کان باطلا،فالواجب الحکم ببطلان البیع المذکور،و هو توهم فاسد،لان المستفاد من الاخبار-کما سیأتی ذکرها إنشاء الله تعالی جمیعا فی کتاب الدیون و الجمع بینهما-هو أن المحرم انما هو القرض الذی یشترط فیه النفع،لا ما یجر النفع بقول مطلق،و المستفاد من بعضها أن تحریم ما یجر النفع مطلقا مذهب العامه،کما تقدم ذکره فی کلام شیخنا المفید رحمه الله.

و حینئذ فما دل علی خلاف ما ذکرناه من الاخبار کصحیحه یعقوب بن شعیب المذکوره فهو محمول علی الاشتراط أو التقیه،و العلامه إنما أجاب عنها بالمعارضه لصحیحه محمد بن مسلم،و الظاهر أنها ما رواه

المشایخ الثلاثه عنه (۱)و عن غیره قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یستقرض من الرجل قرضا و یعطیه الرهن اما خادما و اما آنیه و اما ثیابا،فیحتاج إلی شیء من منفعته،فیستأذنه فیه فیأذن له؟ قال:إذا طابت نفسه فلا بأس به،فقلت:ان من عندنا یرون أن کل قرض یجر منفعه فهو فاسد،فقال:أو لیس خیر القرض ما جر منفعه».

و هذه الروایه هی التی أشرنا إلیها فی الدلاله علی ان ذلک مذهب العامه و نحوها فی الدلاله علی ان خیر القرض ما جر منفعه غیرها ایضا.

و العجب انه سکت عن الجواب عن روایه محمد بن قیس،مع انها ظاهره فی الدلاله علی ان التحریم انما هو من حیث الشرط لا مطلقا،لقوله أو لا«فلا یشترط الا مثلها،و ان جوزی بأجود منها فیقبل،و قوله ثانیا«یشترط من أجل قرض ورقه» یعنی لا یجعل عاریه المتاع أو رکوب الدابه شرطا فی القرض،و هو ظاهر.

و مما ذکرنا یعلم أن ما أطال به(قدس سره)من الوجوه التی ذکرها غیر محتاج إلیه،لأن بیع الشیء بأضعاف ثمنه مما لا نزاع فیه،و کذا وقوع الشروط

۱- ۱) الوسائل الباب-۱۹-من أبواب الدین الرقم ۴.

فی العقود فی الجمله،و انما منشأ الشبهه هو ما ذکرناه.

و الجواب عنها هو ما عرفت،علی أن النهی فی الصوره المفروضه انما هو کون القرض شرطا فی البیع،و الممنوع منه شرعا انما هو شرط النفع فی القرض، و الیه أشار العلامه آنفا،و بالجمله فالإشکال انما یقع فیما لو أقرضه بشرط أن یشتری ماله بأضعافه(۱)بأنه موجب لاشتراط النفع فی القرض المنهی عنه فی الاخبار،و ان کانت الصوره المفروضه راجعه الی هذا فی المعنی،الا أنه انما یحلل و یحرم الکلام،کما ورد فی بعض الاخبار (۱)لا مجرد القصد بأی وجه اتفق و الله العالم.

السادسه [إذا قوم علی الواسطه بثمن و جعل باقی قیمه البیع له] :

قال الشیخ المفید(عطر الله مرقده):إذا قوم التاجر علی الواسطه المتاع بدراهم معلومه-ثم قال له:بعه فما تیسر لک فوق هذه القیمه فهو لک و القیمه لی جاز و لم یکن بین التاجر و الواسطه بیع مقطوع،فان باعه الواسطه بزیاده علی القیمه کانت له،و ان باعه بها لم یکن علی التاجر شیء،و ان باعه بدونها کان علیه تمام القیمه لصاحبه،و ان لم یبعه کان له رده،و لم یکن للتاجر الامتناع من قبوله و لو هلک المتاع فی ید الواسطه من غیر تفریط منه کان من مال التاجر،و لم یکن علی الواسطه ضمان،و إذا قبض الواسطه المتاع من التاجر علی ما وصفناه لم یجز أن یبیعه مرابحه،و لا یذکر الفضیله علی القیمه فی الشراء،و إذا قال الواسطه للتاجر خبرنی بثمن هذا الثوب و اربح علی فیه شیئا لأبیعه،ففعل التاجر ذلک و باعه الواسطه بزیاده علی رأس المال و الربح کان ذلک للتاجر،دون الواسطه،الا أن یضمنه

۱- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۰۱.

الواسطه،و أوجبه على نفسه،فان فعل ذلک جاز له أخذ الفضل على الربح،و لم یکن للتاجر الا ما تقرر بینه و بینه انتهى،و نحوه قال الشیخ فی النهایه و ابن البراج.

و قال ابن إدریس بعد إیراد کلام الشیخ فی النهایه:ما أورده الشیخ غیر واضح،و أشار به الى ما ذکره أولا من أنه إذا قوم التاجر متاعا على الواسطه بشیء معلوم،و قال له بعه فما زدت على رأس المال فهو لک و القیمه لی،ثم زاد کانت الزیاده للواسطه،و لا یجوز له أن یبیعه مرابحه قال:لان هذا جمیعه لا بیع مرابحه و لا اجاره،و لا جعاله محققه،و إذا باع الواسطه بزیاده على ما قوم علیه لم یکن للواسطه فی الزیاده شیء،لأنها من جمله ثمن المتاع،و المتاع للتاجر لم ینتقل عن ملکه بحال و للواسطه أجره المثل،لانه لم یسلم له العوض،فیرجع الى المعوض،و کذلک أن باعه برأس المال،و ان باعه بأقل کان البیع باطلا،و ان تلف المبیع کان الواسطه هنا ضامنا،ثم أی شراء بین التاجر و الواسطه حتى یخبر بالثمن،و لیس هذا موضع بیع المرابحه فی الشریعه بغیر خلاف،و انما أورد أخبار الآحاد فی هذا الکتاب إیرادا لا اعتقادا،و قول الشیخ ثانیا و إذا قال الواسطه خبرنی بثمن هذا المتاع و اربح على فیه کذا ففعل کانت الزیاده للتاجر،و له أجره المثل یوضح ما نبهنا علیه انتهى.

أقول:و الذی وقفت علیه من الاخبار المتعلقه بهذه المسأله ما رواه

ثقه الإسلام فی الکافی و الشیخ فی الصحیح عن محمد بن مسلم (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه قال فی رجل قال لرجل:بع ثوبی بعشره دراهم فما فضل فهو لک،قال لیس به بأس».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه(قدس الله أرواحهم)عن سماعه (۲)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یحمل المتاع لأهل السوق و قد قوموا علیه قیمه،فیقولون بع فما ازددت فلک،قال:لا بأس بذلک،و لکن لا یبیعهم مرابحه».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۹۵ التهذیب ج ۷ ص ۵۴.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۹۵ التهذیب ج ۷ ص ۵۴.

و ما رواه

الشيخ فی التهذیب عن زراره (۱)فی الصحیح قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:الرجل یعطی المتاع فیقال:ما ازددت علی کذا و کذا فهو لک،فقال:لا بأس». و رواه بسند آخر فی الموثق عن زراره عن أبی جعفر علیه السلام مثله.

و هذه الاخبار کما تری متفقه الدلاله علی ما قاله الشیخان،و ردها بأنها أخبار آحاد خارج عن جاده السداد.

بقی الکلام فی ان الظاهر أن هـذا من باب الجعاله،و مال الجعاله یجب أن یکون معلوما،و هنا لیس کذلک،و هذا هو السبب فی منع ابن إدریس هنا من صحه ما ذکره الشیخ،و فیه ما ذکره جمع من الأصحاب من أن وجوب معلومیه الجعاله انما هو فی موضع یؤدی الجهـل بهـا الی التنـازع،و هو منفی هنـا،إذ الزیـاده للواسـطه متی زاد علی مـا قومه علیه التـاجر مهمـا کانت الزیاده قلیله أو کثیره،و الاـ فلاـ شـیء له لحصول التراضـی علی ذلـک،بخلاـف الجعاله المجهوله المؤدیه إلی التنازع،و بـذلک یظهر الفرق بین ذلک،و بین ما إذا قال الواسـطه:خبرنی بثمن المتاع و اربح علی فیه ففعل،فإن الزیاده للتاجر و للواسـطه أجره المثل،فإنه علی هذه الصوره لاـ بیع و لاـ جعـاله، فمن أجل ذلک حکم بالزیاده للتاجر،و للواسـطه بأجره المثل،فاعتضاد ابن إدریس بهـذه الصوره فی الرد علی الشـیخ حیث قال:و قول الشـیخ ثانیا الی آخره لیس فی محله،لظهور الفرق،و قـد تقـدم تحقیق القول فی هـذا المقام فی الفصل الخامس فی المرابحه و المواضعه و التولیه هذا.

و النهی عن البیع مرابحه فی موثق سـماعه امـا من حیث أنه لم ینتقـل المبیع الیه بهـذا الکلاـم الـذی وقع بینهما،لعـدم تحقق البیع بمجرد التقویم علیه هـذا ان کان باع لنفسه،و ان کان للتاجر وکاله فرأس المال غیر معلوم،لان تقویمه علی الـدلال بقیمه أعم من أن یکون برأس المال أو بزیاده فیه،بل الغالب هو الثانی،و الواجب فی بیع المرابحه معلومیه رأس المال و الربـح،و أما ما حکم به الشیخان-من صحه البیع لو باعه

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۵۴.

بأقل مما قومه عليه،و أن على الدلال تمام القيمه،و قول ابن إدريس ان البيع هنا باطل-فالظاهر أنه متفرع على الكلام فى صحه البيع الفضولى و بطلانه و ظاهر ابن إدريس الثانى،و أما على تقدير القول بصحته فينبغى التفصيل فى المقام بأنه ان رضى المالك،و أجاز البيع المذكور فليس له المطالبه بما زاد على القيمه التى باع بها الواسطه،و ان لم يجز البيع فان له المطالبه بعين ماله ان كانت العين قائمه،فيلزم الدلال بتخليصها و إرجاعها،و ان تعذر ذلك كان له الرجوع على الدلال بالقيمه،و على هذا فينبغى أن يحمل كلام الشيخين هنا على ما إذا لم يجز البيع، و تعذر الرجوع الى العين.

السابعه [فى أن أجره الكيال و الوزان على البائع و أجره الدلال على الآمر] :

قد صرح الأصحاب بأن أجره الكيال و الوزان على البائع،و أجره الناقد و وزان الثمن على المشترى،و أجره الدلال على الآمر،و لو باع و اشترى فأجره البيع على الآمر به،و أجره الشراء على الآمر به.

أقول:و الوجه فى الأولين ظاهر،لانه يجب على البائع توفيه المشترى المبيع و تسليمه بعد معلوميته بالكيل و الوزن،و حينئذ فأجره هذا العمل عليه لو لم يفعله بنفسه،و نقد الثمن و وزنه،واجب على المشترى،لأنه يجب عليه توفيه الثمن و تسليمه فيجب عليه أجره هذا العمل لو لم يفعله بنفسه.

و اما الثالث فكذلك،لان الدلال بمنزله الأجير،فإن كان وكيلا فى البيع فأجرته على البائع،و ان كان فى الشراء فأجرته على المشترى.

بقى هنا شىء و هو أن الشيخ رحمه الله،قال فى النهايه:لو نصب نفسه لبيع الأمتعه كان له أجر البيع على البائع،و لو نصب نفسه للشراء كان له أجره على المبتاع،فان كان ممن يبيع و يشترى كان له أجره على ما يبيع من جهه البائع، و أجره على ما يشترى من جهه المبتاع انتهى.

و قال ابن إدريس:فى قوله فان كان ممن يبيع و يشترى الى آخره و لا يظن ظان أن المراد بذلك فى سلعه واحده يستحق أجرين،و انما المراد بذلك ان من كان صنعته يبيع تاره للناس،و يشترى لهم تاره،فيكون له أجره على من يبيع له

فی السلعه المبتاعه،فإن اشتری للناس سلعه غیرها کان له أجره علی من اشتری له تلک السلعه،لا أنه یشتری سلعه واحده و یبیعها فی عقد واحد،لأن المشتری غیر البائع، و البائع غیر المشتری،و انما مقصود شیخنا ما نبهنا علیه فلیتأمل ذلک انتهی.

و اعترضه العلامه فی المختلف بأنه لیس بجید،لأنا یجوز کون الشخص الواحد وکیلا للمتعاقدین کالأب یبیع علی ولده من ولده الأخر،و حینئذ یستحق اجره البیع علی آمره،و أجره الشراء علی آمره،و قوله العقد لا یکون الا بین اثنین مسلم و هو هنا کذلک لتعدد المنتسب الیه کالأب العاقد عن ولدیه.انتهی.

و هو جید الا ان المفهوم من کلام شیخنا الشهید الثانی فی الروضه-حیث قال:المصنف و أجره الدلال علی الأمر و لو أمراه فالسابق (١)و لو أمراه بتولی الطرفین فعلیهما-ان الذی علیهما متی أمراه بتولی الطرفین الإیجاب و القبول انما هو أجره واحده بالتنصیف،حیث قال بعد قول المصنف فی آخر العباره المذکوره فعلیهما:ما صورته أجره واحده بالتنصیف اقترنا أم تلاحقا،ثم قال:و لو منعنا من تولی الطرفین من الواحد امتنع أخذ أجرتین،لکن لا یتجه حمل کلام الأصحاب أنه لا یجتمع بینهما لواحد علیه،لانه قد عبر به من یری جوازه،بل المراد أنه لا یجمع بینهما لعمل واحد، و ان أمره البائع بالبیع،و المشتری بالشراء،بل له أجره واحد علیهما،أو علی أحدهما کما فصلناه انتهی.و هو ظاهر فی أنه مع تولی الطرفین لیس الا أجره واحده بالتنصیف، و من الظاهر أنه لا فرق فی تولی الطرفین بین الولی الشرعی کما تقدم فی کلام العلامه،

ص :٨٨

١- ١) أقول:قوله و لو امراه فی السابق حاصل معنی هذه العباره علی ما یفهم من الشرح أنه لو أمراه یعنی کل من البائع و المشتری فالأجره علی الآمر أو لا ان کان مراد کل منهما المماکسه فقط من غیر تولی طرفی العقد،و ان کان مرادهما الأمر بتولی طرفی العقد فالأجره علیهما معا بالمناصفه،سواء أقترنا أو تلاحقا لکن بقیت هنا صوره ثالثه و هی ما لو أمراه بالمماکسه و لکن اقترنا من غیر تقدم أحدهما الأخر،و ربما ظهر من فحوی کلام الشارح أنها ملحقه بالصوره الثانیه و هو الأمر بالعقد منه رحمه الله.

و لا بين الوكيل فيهما من جهه البائع و المشترى.

و كيف كان فهو ظاهر المنافاه لما تقدم فى كلام العلامه،و قوله و لو منعناه الى آخره خرج مخرج الرد على المصنف فى الدروس حيث قال:و لو منعنا من توليه الطرفين امتنع أخذ أجرتين،و عليه يحمل كلام الأصحاب أنه لا يجمع بينهما لواحد،و حاصله أنه فسر كلامهم بأن معناه انه لا يجمع بين الأجرتين لشخص واحد،و ان ذلك مبنى على المنع من توليه الطرفين لشخص واحد بأن يتولى الإيجاب و القبول،فقولهم ذلك إشاره إلى المنع فى هذه الصوره على تقدير القول به.

و الشارح رده بأنه قد صرح بهذا الكلام من جوز تولى الطرفين لشخص واحد،و حينئذ فلا يصح تفسير كلامهم بما ذكره،بل مرادهم بذلك الكلام انما هو أنه لا يجمع بين الأجرتين لعمل واحد،و ان كان هنا أمران أحدهما البيع، و الآخر الشراء،فإنه عمل واحد يستحق عليه أجره واحده منهما أو من أحدهما على التفصيل الذى قدمه،و لا مدخل لبنائه على تولى الطرفين و عدمه.

و بالجمله فإن كلامه هنا ظاهر فى أنه مع تولى الطرفين ليس له الا أجره واحده و هو ظاهر فى خلاف ما قدمنا نقله عن العلامه.

و الذى وقفت عليه من الاخبار فى هذا المقام ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن عبد الله بن سنان (۱)قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام،و أنا أستمع فقال له:ربما أمرنا الرجل فيشترى لنا الأرض و الغلام و الدار و الخادم و الجاريه و نجعل له جعلا قال:لا بأس بذلك». و رواه الشيخ بسندين آخرين مثله.

و ما رواه فى الكتابين المذكورين

عن ابن ابى عمير (۲)فى الصحيح عن بعض أصحابنا من أصحاب الرقيق قال:

«اشتريت لأبى عبد الله عليه السلام، جاريه فناولنى أربعه دنانير فأبيت قال:لتأخذنها فأخذتها فقال:لا تأخذ من البائع».

و ما رواه

المشايخ الثلاثه فى الصحيح عن أبى ولاد (۳)عن أبى عبد الله عليه السلام

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۲۸۵ التهذيب ج ۷ ص ۱۵۶.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۲۸۵ التهذيب ج ۷ ص ۱۵۶.

۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۲۸۵ التهذيب ج ۷ ص ۱۵۶.

و غيره عن ابى جعفر عليه السلام «قالوا:قالا:لا بأس بأجر السمار انما هو يشترى للناس يوما بعد يوم بشىء معلوم،و انما هو مثل الأجير». و السمار بالكسر المتوسط بين البائع و المشترى،و مرسل ابن أبى عمير ظاهر فى النهى عن أخذ الأجره من البائع بعد أخذها من المشترى،و الظاهر أن الوجه فى ذلك أن الآمر له انما هو المشترى،و البائع لم يأمره بالبيع له،فلا يستحق عليه شيئا،بل لو فرضنا أن المشترى لم يدفع اليه أجره فإنه لا رجوع له،على البائع متى كان لم يأمره، و هو ظاهر.

الثامنه [فى استحباب الإقاله] :

اشاره

قد تكاثرت الاخبار باستحباب الإقاله،و قدمنا طرفا منها فى المقدمه الثانيه من مقدمات هذا الكتاب.

و منها زياده على ما تقدم ما رواه

الصدوق (۱)(قدس الله روحه)فى المقنع مرسلا عن أبى عبد الله عليه السلام،قال:

«أيما مسلم أقال مسلما بيع ندامه أقاله الله عثرته يوم القيامه».

و الكلام فيها يقع فى مواضع

الأول [الإقاله فسخ أم بيع؟]

-الإقاله عند الأصحاب(رضوان الله عليهم)من غير خلاف يعرف فسخ لا بيع،سواء كان فى حق المتعاقدين أو غيرهما،و سواء وقعت بلفظ الفسخ أو الإقاله،و أشير بهذه القيود الى خلاف العامه فى هذا المقام،فذهب بعضهم إلى انها بيع مطلقا،و بعض آخر إلى أنها بيع ان وقعت بلفظ الإقاله،و فسخ ان وقعت بلفظ الفسخ و يلحقها أحكامه و ذهب بعض إلى انها بيع بالنسبه إلى الشفيع خاصه،فيستحق الشفعه بها و ان كانت فسخا فى حق المتعاقدين، (۲)و بطلان الجميع ظاهر،إذ لا يطلق

۱- ۱) الوسائل الباب-۳-من أبواب آداب التجاره الرقم ۴.

۲- ۲) القائل بأنها بيع فى حق غير المتبايعين أبو حنيفه،و القائل بالتفصيل بالفسخ و غيره بعض الشافعيه،و القائل بأنها بيع مطلقا جماعه منهم المالك و الشافعى فى القديم،كذا نقله بعض مشايخنا(عطر الله مراقدهم)منه رحمه الله.

علیها اسم البیع فی شیء من هذه الصور،و للبیع ألفاظ خاصه لیست هذه منها (۱)و صیغتها أن یقول کل منهما تقایلنا أو تفاسخنا،أو یقول أحدهما أقلتک العقد الواقع بیننا فیقبل الآخر،أو یقول تفاسخنا،و لا فرق فی ذلک بین النادم و غیره،و لا یکفی التماس أحدهما عن قبوله أو إیجابه،بل لا بد فیها من الإیجاب و القبول بالألفاظ المذکوره،و لا یعتبر فیها سبق الالتماس،بل لو ابتدء أحدهما بالصیغه فقبل الآخر صح.

الثانی [عدم صحتها مع زیاده أو نقیصه فی الثمن]

-قالوا:لا تصح بزیاده فی الثمن الذی وقع علیه العقد و لا نقیصه لأنها فسخ،و مقتضاه رجوع کل عوض الی مالکه،فلو شرط فیها ما یخالف مقتضاها فسد الشرط،و یترتب علیه فسادها کما فی کل شرط فاسد،لأنهما لم یتراضیا علی الفسخ الا علی ذلک الوجه،و لم یحصل لبطلانه،فما تراضیا علیه لم یحصل،و ما حصل لم یتراضیا علیه.

أقول و یشیر الی ما ذکروه من عدم الزیاده و النقیصه بعض الاخبار التی لا یحضرنی الآن موضعها،و أما ما ذکروه من بطلان العقد هنا لاشتماله علی شرط فاسد بناء علی ما اشتهر بین المتأخرین من جعل ذلک قاعده کلیه،فقد عرفت ما فیه آنفا فی بعض نکت هذا الفصل.

الا أن ما یؤید کلامهم هنا ما رواه

المشایخ الثلاثه(عطر الله مراقدهم)،عن الحلبی (۲)فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل اشتری ثوبا و لم یشترط علی صاحبه شیئا فکرهه،ثم رده علی صاحبه فأبی أن یقبله إلا بوضیعه قال:لا یصلح أن یأخذه بوضیعه،فإن جهل فأخذه فباع بأکثر من ثمنه رد علی الأول ما زاد».

۱- ۱) أقول:قال الشیخ فی المبسوط:الإقاله فسخ سواء کان قبل القبض أو بعده فی حق المتعاقدین و فی غیرهما،بدلاله أنه لا یجوز الزیاده فی الثمن و لا النقصان إجماعا.انتهی.منه رحمه الله.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۹۵ التهذیب ج ۷ ص ۵۶ الفقیه ج ۳ ص ۱۳۷.

و به يظهر ما قدمنا ذكره من أن الاولى الوقوف فى كل حكم حكم على ما يرد به الاخبار فيه من غير أن يكون ذلك قاعده كليه كما ادعوه،فإن الاخبار فى بعض العقود توافق ما ذكروه،كهذا الخبر و نحوه غيره أيضا،و بعض كالاخبار التى قدمناها تخالف ما ذكروه،فكيف يمكن جعل ذلك قاعده كليه.

ثم انهم قالوا بناء على هذه القاعده ايضا:أنه لا فرق فى المنع من الزياده و النقيصه بين العينيه و الحكميه،فلو أقاله على أن ينظره بالثمن أو يأخذ الصحاح عوض المكسور و نحو ذلك لم يصح.

الثالث [صحتها فى العقد و بعضه]

-الظاهر أنه لا خلاف بينهم فى أنها تصح فى العقد و فى بعضه،سلما كان أو غيره،خلافا لبعض العامه حيث منع من الإقاله فى بعض السلم،محتجا بأنه يصير حينئذ سلما و بيعا،و قد نهى النبى صلى الله عليه و آله عنه،و فيه مع تسليم الخبر أنه مبنى على كون الإقاله بيعا كما تقدم نقله عن بعضهم،و هو ممنوع على أنه قد تقدم فى النكته الثالثه ذكر معنى لهذا اللفظ،فلا يتعين الحمل على ما ذكروه،و الاخبار الوارده باستحباب الإقاله شامله بإطلاقها للكل و البعض،بل هو صريح جمله من الاخبار المتقدمه فى المسأله الثانيه من المقام الثانى من الفصل العاشر فى السلم كما أوضحناه ذيل تلك الاخبار،و على هذا فمتى وقع التقابل فى البعض خاصه اقتضى تقسيط الثمن على المثمن،فيرتجع فى نصف المبيع نصف الثمن،و فى ربعه ربعه و هكذا.

الرابع [عدم سقوط أجره الدلال بالإقاله]

-قالوا:و لا تسقط أجره الدلال لسبق استحقاقه الأجره،فإنه كان على السعى المتقدم و قد حصل و مثله أجره الكيال و الوزان و الناقد و هو جيد.

الخامس [حكم النماءات]

-قد عرفت أنه بالإقاله يرجع كل عوض الى مالكه و حينئذ فإن كان باقيا أخذه و نماءه المتصل به فإنه تابع للعين،و اما المنفصل فلا رجوع به و ان كان حملا لم تضعه يومئذ و لم ينفصل،أما اللبن فى الضرع فهل يكون كالولد منفصلا أو يكون متصلا كالسمن؟اشكال و ان كان الأقرب الأول.

و أما الصوف و الشعر قبل الجز فأشد إشكالا و استظهر فى المسالك أنه من

ص:٩٢

المتصل مع احتمال العدم،و ان كان تالفا رجع بمثله ان كان مثليا و بقيمته ان كان قيميا و كذا يرجع بالقيمه فى المثلى لو تعذر المثل،و فى تعيين وقت القيمه الخلاف المتقدم فى الأبحاث السابقه من أنه يوم تلف العين،أو يوم القبض،أو يوم الإقاله،أو الأعلى من هذه القيم،و لو وجده معيبا فله أرش العيب،لان الجزء الفائت بالعيب بمنزله التالف فيضمنه كما يضمن الجميع.

التاسعه [فى أحكام العينه] :

قد تكاثرت الروايات بذكر العينه و لم أقف فى الكتب الفقهيه على من تعرض لذكرها بهذا العنوان الا ما سيأتى من نقل كلام لابن إدريس فى السرائر قال ابن الأثير فى النهايه و فى حديث ابن عباس أنه كره العينه،و هو أن يبيع من رجل سلعه بثمن معلوم إلى أجل مسمى،ثم يشتريها منه بأقل من الثمن الذى باعها به،فان اشترى بحضره طالب العينه سلعه من آخر بثمن معلوم و قبضها فباعها من طالب العينه إلى أجل، فقبضها ثم باعها المشترى من البائع الأول بالنقد بأقل من الثمن فهذه أيضا عينه،و هى أهون من الاولى،و سميت عينه لحصول النقد الذى لصاحب العينه،لأن العين هى المال الحاضر من النقد،و المشترى إنما يشتريها ليبيعها بعين حاضره يصل إليه معجله انتهى.

و قال ابن إدريس فى كتاب السرائر على ما نقله عنه بعض الأصحاب و ذكر شيخنا فى الاستبصار فى كتاب المكاسب باب العينه و هى بالعين غير المعجمه المكسوره-و الياء الساكنه و النون المفتوحه مخففه و الهاء المنقلبه عن تاء،و معناها فى الشريعه هو أن يشترى السلعه بثمن مؤجل ثم يبيعها بدون ذلك (۱)نقدا ليقضى دينا عليه ممن قد حل له عليه و يكون الدين الثانى و هو العينه من صاحب الدين الأول روى ذلك أبو بكر الحضرمى،مأخوذ ذلك من العين:و هو النقد الحاضر انتهى و هو يرجع الى المعنى الأول،الذى ذكره فى النهايه،و الواجب نقل ما وقفت عليه

۱- ۱) قوله بدون ذلك:يعنى بأدون و أنقص،لا أن الدون بمعنى الغير.

من الاخبار الوارده بذلک فی المقام.و الکلام ذیل کل منها بما یکشف عن معناه نقاب الإبهام.

الأول:ما رواه

فی الکافی عن إسماعیل ابن عبد الخالق (۱)فی الصحیح قال:

« سألت أبا الحسن علیه السلام،عن العینه و ذلک أن عامه تجارنا الیوم یعطون العینه فأقص علیک کیف نعمل قال:هات قلت:یأتینا الرجل المساوم یرید المال فیساومنا و لیس عندنا متاع فیقول:أربحک ده یازده و أقول أنا:ده دوازده،فلانزال نتراوض حتی نتراوض علی أمر،فإذا فرغنا قلت له:أی متاع أحب إلیک ان اشتری لک؟فیقول:الحریر لانه لا یجد شیئا أقل وضیعه منه،فأذهب و قد قاولته من غیر مبایعه فقال:أ لیس إن شئت لم تعطه و ان شاء لم یأخذ منک؟قلت:بلی،قلت فأذهب فأشتری له ذلک الحریر و أماکس بقدر جهدی ثم أجیء به الی بیتی فأبایعه فربما ازددت علیه القلیل علی المقاوله،و ربما أعطیته علی ما قاولته،و ربما تعاسرنا و لم یکن شیء،فإذا اشتری منی لم یجد أحدا أغلی به من الذی اشتریته منه،فیبیعه منه،فیجیئنی ذلک فیأخذ الدراهم،فیدفعها الیه و ربما جاء فیحیله علی،فقال:لا تدفعها الا الی صاحب الحریر،قلت:و ربما لم یتفق بینی و بینه البیع به،فأطلب الیه لیقیله منی فقال:أو لیس لو شاء لم یفعل و ان شئت أنت لم ترد،فقلت:بلی لو أنه هلک فمن مالی قال:لا بأس بهذا إذا أنت لم تعد هذا فلا بأس».

أقول:ما اشتمل علیه هذا الخبر هو المعنی الثانی من المعنیین اللذین ذکرهما فی النهایه،و إطلاق کلام ابن إدریس شامل لهذه الصوره أیضا،لأن قوله ثم یبیعها بدون ذلک أعم من أن یکون البیع علی من اشتری منه أو علی غیره.

و فی الخبر أیضا دلاله علی أنه لا یختص العینه بما إذا کان الغرض منها قضاء دین علیه کما یشعر به کلام ابن إدریس،و ان کان قد ورد ذلک فی جمله من أخبار المسأله لأن ظاهر الخبر المذکور انما هو أخذ المال لینتفع به.

و ظاهر هذا الخبر و غیره من أخبار العینه أن الغرض من ذلک هو الحیله فی

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۰۳.

الخروج من الربـا،بأن يجيء الرجل محتاجا الى مبلغ من النقـد يريـده إلى مـده بنفع يكون لصاحب النقـد فى ذلك المال ضـمن المـده المـذكوره،فيشترى منه متاعا بقيمه زائـده على القيمه الواقعيه مؤجله عليه إلى مده معلومه بينهما،فإذا اشتراه و اسـتقر الثمن فى ذمه المشترى و هو طـالب العينه بـاعه من صاحبه الأول أو غيره بثمن أنقص مما اشتراه و قبض ثمنه،و بقى ذلك المبلغ الأول عليه الى حلول الأجل،فربما تعذر عليه بعد حلول الأجل فيتعين أيضا من ذلك الشخص أو غيره ليوفى دينه،السابق.

فقوله فى الخبر يأتينا الرجل المساوم يريـد المال،أى المال النقـد،و انما يريد اقتراضه إلى مده بنفع يكون فيه،و هذه المساومه بده دوازده و نحوهـا الى آخر مـا ذكر انمـا هو حيله فى التخلص من الوقوع فى الربـا،قوله لم يجـد أحـدا أغلى به،أى لم يجـد أحـدا يشترى منه بثمن غـال كثير،و أمـا منعه عليه السـلام لقبول الحواله و منعه من الـدفع الاـ الى صـاحب الحرير فلا أعرف له وجها،و لهذا حمله بعض مشايخنا على الكراهه.

قوله و ربمـا لم يتفق بينى و بينه البيع الى آخر الخبر معنـاه أنه ربما لم يتفق بينى و بين طالب العينه البيع،فالتمس من الـذى باعنى المتاع أن يفسـخ البيع الذى بينى و بينه،و يقبل متاعه،فقال عليه السـلام أو ليس البيع الأول الذى وقع بينك و بينه لازما بحيث أنه لو شاء لم يفسـخ البيع،و لو شـئت أنت عـدم الرد لم يجب عليك الرد،فقال:بلى الأمر كـذلك،و لو هلك المتاع قبل الفسـخ كان من مالى فقال عليه السلام إذا لم تعد هذا الشرط أى إنشاء لم يقبل،و ان شئت لم ترد فلا بأس، فهو من عدا يعدو أى تجاوز.

الثانى:ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن الحسين بن المنذر. (۱)قال:

«قلـت لأـبى عبـد الله عليـه السـلام:يجيئنى الرجـل فيطلـب العينه فـاشترى له المتـاع من أجله ثم أبيعه إيـاه ثم أشـتريه منه مكـانى قال:فقال:إذا كان بالخيار إنشاء باع،و ان شاء لم يبع،و كنت أيضا بالخيار ان شئت اشتريت و ان شئت لم تشتر فلا بأس،قال:

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۲۰۲ التهذيب ج ۷ ص ۵۱.

فإن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد و يقولون:ان جاء به بعد أشهر صلح فقال انما هذا تقديم و تأخير فلا بأس به».

أقول ما ذكره فى هـذا الخبر هو المعنى الأول من المعنيين المـذكورين فى النهايه،و من هـذا الخبر يظهر أن مذهب العامه تحريم العينه،لأن المراد بأهل المسـجد علماء العامه الذين كانوا يجلسون فى مسـجد النبى صـلى الله عليه و آله،لأجل نشر العلوم،و تعليم النـاس و الى ذلـك يشـير كلاـم صـاحب النهـايه المتقـدم،و قوله عليه السـلام«إذا كان بالخيار» الى آخره كنايه عن تحقق البيع و لزومه واقعا،بمعنى أنه إذا تحقق البيع الأول و جميع شروط الصحه فلا بأس بشراءك منه،و كان العامه كانوا يشترطون الفصل بين البيعين بمـده مديـده،فقال عليه السـلام:انما هذا تقديم و تأخير،فلا مدخل له فى الجواز ثم لا يخفى أن الخبر المذكور و ان كان مطلقـا بالنسبه إلى التأجيـل و عـدمه،و حصول النفع و عـدمه،الاـ أنه يجب حمله على غيره من أخبـار المسأله كالخبر المتقـدم و غيره،و كان ذلك لمعلوميه الحكم من لفظ العينه كما عرفت من معناها آنفا.

الثالث:ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن منصور بن حازم (۱)فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبـد الله عليه السـلام عن رجل طلب من رجل ثوبا بعينه،فقال:ليس عنـدى و هـذه دراهم فخـذها و اشتر بها فأخـذها،و اشترى ثوبا كما يريـد،ثم جاء به ليشتريه منه؟فقال:أ ليس ان ذهب الثوب فمن مال الـذى أعطاه الدراهم؟فقلت:بلى، فقال:ان شاء اشترى و ان شاء لم يشتر قال:فقال:لا بأس به».

أقول:الاـشتراء هنـا قـد وقع وكاله عن صاحب الـدراهم،و الغرض هنا انما تعلق بالسؤال عن الشـراء على هـذه الكيفيه،و قوله عليه السـلام،«أ ليس ان ذهب الثوب» الى آخره بمعنى أن ضـمان الثوب على الـذى اعطى الـدراهم:و أن الـذى اشتراه بالخيـار بين أن يشتريه من صـاحب الـدراهم،و أن لاـ يشتريه،ممـا يوضـح أن الشـراء الأـول انمـا كـان وكاله عن صاحب الـدراهم،لا أنه أقرضـه الدراهم فشرى بها لنفسه

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۲۰۳ التهذيب ج ۷ ص ۵۲.

لانه لو كان كذلك لكان الزياده التى يوقعها صاحب العينه ربا،و لا معنى لقوله فى الخبر ثم جاء به ليشتريه منه،و الظاهر كما استظهره بعض مشايخنا عطر الله مراقدهم أنه قد سقط لفظ«قلت:بلى»بعد قوله«و ان شاء لم يشتر»من قلم النساخ،فان المعنى لا يستقيم الا بذلك،و حاصله أنه عليه السلام قال للسائل أولا:أ ليس ان ذهب الثوب فمن مال الذى أعطاه الدراهم،فأجاب بلى،فقال له ثانيا:«أ ليس ان شاء اشترى و ان شاء لم يشتر»فأجاب بلى،قال:«فقال:لا بأس»و الخبر لم يذكر فيه بقيه أحكام العينه،لأن الغرض انما تعلق بالسؤال عن هذا الأمر الخاص.

الرابع:ما رواه

فى التهذيب عن منصور بن حازم (۱)فى الصحيح قال:

« قلت لأبى عبد الله عليه السلام:الرجل يريد أن يتعين من الرجل عينه،فيقول له الرجل أنا أبصر بحاجتى منك،فأعطنى حتى اشترى فيأخذ الدراهم فيشترى حاجته ثم يجىء بها الى الرجل الذى له المال فيدفعها اليه،فقال:أ ليس إنشاء اشترى و ان شاء ترك،و ان شاء البائع باعه و ان شاء لم يبع؟قلت:نعم،قال:لا بأس». و التقريب فى هذا الخبر كما فى سابقه و هو أوضح دلاله لما عرفت فى الأول (۲).

الخامس:ما رواه

المشايخ الثلاثه برد الله مضاجعهم،عن بشار بن يسار (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنسإ و يشتريه من صاحبه الذى

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۵۲.
۲- ۲) قال ابن إدريس فى كتاب السرائر:و إذا أخذ الإنسان من تاجر مالا و اشترى به متاعا يصلح له ثم جاء به الى التاجر ثم اشتراه منه لم يكن بذلك بأس، لأنه وكيل التاجر نائب عنه فى الشراء،و يكون التاجر مخيرا بين أن يبيعه،و ان لا يبيعه،فان كان الإنسان الذى هو الوكيل اشتراه لنفسه فى ذمته لا بعين مال موكله ثم نقد الثمن على أنه ضامن له لم يكن للتاجر عليه سبيل،و ان اختلفا فى ذلك فالقول قول الوكيل دون الموكل،و ان كان الوكيل شراه بعين مال موكله فان الملك يقع للتاجر الذى هو الموكل دون الوكيل انتهى منه رحمه الله.
۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۲۰۸ التهذيب ج ۷ ص ۴۷ الفقيه ج ۳ ص ۱۳۴.

يبيعه منه؟قال:نعم لا بأس،فقلت:أشترى متاعى؟قال:ليس هو متاعك و لا بقرك و لا غنمك». أقول هذه هى العينه على ما عرفت،و أنه يدفع له قيمه ما اشتراه منه و يجعل الأول دينا عليه إلى الأجل المعلوم بينهما،و السائل توهم المنع،لأنه يشترى متاع نفسه،و أجابه عليه السلام بأنه قد انتقل عنك بالبيع الأول الذى جعلت ثمنه نسيئه،فليس هو متاعك،و انما هو متاع المشترى و أنت تريد شراءه منه».

السادس:ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن أبى بكر الحضرمى (۱)فى الحسن قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:رجل تعين ثم حل دينه فلم يجد ما يقضى أ يتعين من صاحبه الذى عينه و يعطيه؟قال:نعم».

السابع:ما روياه أيضا

عن الحضرمى (۲)قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

يكون لى على الرجل الدراهم فيقول لى:بعنى شيئا أقضيك فأبيعه المتاع ثم أشتريه منه فاقبض مالى؟قال لا بأس به».

الثامن:ما رواه

فى الكافى عن هارون بن خارجه (۳)

«قال قلت لأبى عبد الله عليه السلام:عينت رجلا عينه فقلت له:اقضنى فقال:ليس عندى تعينى حتى أقضيك قال:عينه حتى يقضيك».

و رواه

فى الفقيه عن صفوان الجمال (۴)قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام،عينت رجلا عينه فحلت عليه فقلت:اقضنى»الحديث. دلت هذه الاخبار على التعين ثانيا من صاحب العينه الأولى كما ذكره ابن إدريس،و كأنه لم يطلع إلا على خبر الحضرمى و لا اختصاص لها بهذه الصوره،لما عرف فى ما تقدم و هو أن يشترى طالب العينه من صاحب الطلب متاعا بما يزيد على قيمته السوقيه مؤجلا عليه،ثم يشتريه البائع بأنقص و يدفع الثمن الى صاحب العينه،ثم ان طالب العينه يدفعه لصاحب الطلب عن طلبه

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۰۴ التهذیب ج ۷ ص ۴۸.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۰۴ التهذیب ج ۷ ص ۴۸.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۰۵.
۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۸۳.

السابق،و یبقی قیمه ما باعه علیه أولا فی ذمته دینا علیه.

العاشره [فی أحکام العربون]

قال ابن الجنید:العربون من جمله الثمن،و لو شرط المشتری للبائع أنه ان جاء بالثمن،و الا فالعربون له کان عوضا عما منعه من البیع،و هو التصرف فی سلعته،قال فی المختلف بعد نقل ذلک عن ابن الجنید:و المعتمد أن یکون من جمله الثمن،فان امتنع المشتری من دفع الثمن و فسخ البائع العقد وجب علیه رد العربون.

لنا الأصل بقاء الملک علی المشتری،فلا ینتقل عنه الا بوجه شرعی،و ما رواه

وهب (۱)عن الصادق علیه السلام قال:

«کان أمیر المؤمنین علیه السلام،یقول:لا یجوز بیع العربون الا ان یکون هذا من الثمن». ثم نقل عن ابن الجنید انه احتج

بقوله علیه السلام (۲)

«المؤمنون عند شروطهم». ثم أجاب عنه بان المراد الشروط السائغه.

أقول:ما نقله من الروایه بلفظ هذا من الثمن هو الموجود فی التهذیب،و فی غیره،«الا أن یکون نقدا من الثمن»و الظاهر علی هذا أن یکون من الثمن بدلا من نقد.

و کیف کان فالظاهر ضعف ما ذکره ابن الجنید ان لم یکن ذلک الشرط فی عقد صحیح لازم،لوجوب الوفاء بالشرط-و منع کونه سائغا کما ذکره العلامه-لا أعرف له وجها،نعم لو وقع ذلک من غیر أن یکون فی عقد لم یلزم،الا ان یقال:بوجوب الوفاء بالوعد کما دل علیه ظاهر القرآن،و یدل علیه أیضا بعض الاخبار،و الیه جنح بعض مشایخنا المتأخرین و هو قوی.

الحادیه عشر [جواز الرشوه لدفع الظلم المتعدی] :

روی الشیخ فی التهذیب عن حکم بن حکیم الصیرفی (۳)قال:

«سمعت أبا الحسن علیه السلام،و سأله حفص الأعور فقال:ان السلطان یشرون منا القرب و الادواه فیوکلون الوکیل حتی یستوفیه منا،فنرشوه حتی لا یظلمنا،فقال:

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۳۳ التهذیب ج ۷ ص ۲۳۴.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۶۹.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۲۳۵.

لا بأس ما تصلح به مالک،ثم سکت ساعه ثم قال:إذا أنت رشوته یأخذ أقل من الشرط؟ قلت:نعم قال:فسدت رشوتک».

أقول:فیه دلاله علی جواز الرشوه لدفع الظلم المتعدی،و الظاهر أن الجواز انما هو بالنسبه الی المعطی لا الی القابض،فإنها محرمه علیه البته،لأنه إنما أعطی لأجل دفع ظلمه،و هذا انما یوجب زیاده فی التحریم.

و اما إعطاء الوکیل هنا لأجل أن یقبل أقل من الحق الواجب أداؤه،فإنه محرم البته،و لهذا قال علیه السلام لما سأله أنه بعد أخذ الرشوه یأخذ أقل من الشرط یعنی الحق الذی شرط علیه فقال نعم:«فسدت رشوتک»فان ذلک خیانه و ظلم،و هو ظاهر.

و الله العالم بحقائق أحکامه و أولیاؤه القائمون بمعالم حلاله و حرامه.

کتاب الدین

اشاره

و لنقدم هنا جمله من الاخبار الوارده فی الاستدانه فإن کتابنا هذا کتاب أحکام و أخبار کما لا یخفی علی من تأمله بعین الفکر و الاعتبار،

فروی سماعه (1)فی الموثق قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:الرجل منا یکون عنده الشیء یتبلغ به و علیه دین أ یطعمه عیاله حتی یأتی الله عز و جل بمیسره،فیقضی دینه؟أو یستقرض علی ظهره فی خبث الزمان و شده المکاسب،أو یقبل الصدقه؟قال:یقضی بما عنده دینه،و لا یأکل من أموال الناس الا و عنده ما یؤدی إلیهم حقوقهم،ان الله عز و جل یقول (2)«لاٰ تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ إِلاّٰ أَنْ تَکُونَ تِجٰارَهً عَنْ تَرٰاضٍ مِنْکُمْ» و لا یستقرض علی ظهره الا و عنده وفاء،و لو طاف علی أبواب الناس فردوه باللقمه و اللقمتین و التمره و التمرتین،الا ان یکون له ولی یقضی دینه من بعده،لیس منا من یموت الا جعل الله له ولیا یقوم فی عدته و دینه فیقضی عدته و دینه».

ص:100

1- 1) الکافی ج 5 ص 95 التهذیب ج 8 ص 185 الوسائل الباب-2-من أبواب الدیون.

2- 2) سوره النساء الآیه 29.

و روی عبد الرحمن بن الحجاج (۱)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« تعوذوا بالله من غلبه الدین،و غلبه الرجال و بوار الأیم». أقول الأیم التی لا زوج لها و بوارها کسادها،و فی التهذیب«نعوذ بالله».

و فی کتاب معانی الأخبار روی عن الکاهلی

«انه سأل أبا عبد الله علیه السلام أ کان علی علیه السلام یتعوذ من بوار الأیم؟فقال:نعم،و لیس حیث تذهب انما کان یتعوذ من العاهات،و العامه یقولون بوار الأیم و لیس کما یقولون». قیل:لعل المراد أن التعوذ منه انما هو البوار الذی یکون من جهه العاهه بها لا مطلق البوار،و ان کانت صحیحه لیس بها بأس.

و عن مسعده بن صدقه (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال رسول الله صلی الله علیه و آله:لا وجع الا وجع العین،و لا هم إلا هم الدین.

و بهذا الاسناد (۳)قال:

«قال رسول الله صلی الله علیه و آله:الدین ربقه الله عز و جل فی الأرض،فإذا أراد الله جل اسمه أن یذل عبدا وضعه فی عنقه.

و عن عبد الله بن میمون القداح (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام،عن آبائه عن علی علیهم السلام قال:

«إیاکم و الدین فإنه مذله بالنهار مهمه باللیل،و قضاء فی الدنیا و قضاء فی الآخره».

و روی ابن إدریس فی مستطرفات السرائر من کتاب المشیخه لابن محبوب عن أبی أیوب عن سماعه (۵)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام،عن الرجل منا یکون عنده الشیء یتبلغ به و علیه دین،أ یطعمه عیاله حتی یأتی الله بمیسره فیقضی دینه؟أو یستقرض علی ظهره فی جدب الزمان و شده المکاسب أو یقضی بما عنده دینه و یقبل

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۹۲ التهذیب ج ۸ ص ۱۸۳.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۰۱.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۰۱.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۹۵ التهذیب ج ۸ ص ۱۸۳.
۵- ۵) الوسائل الباب-۴-من أبواب الدین.

الصدقه قال:یقضی بما عنده دینه و یقبل الصدقه،و قال:لا یأکل أموال الناس الا و عنده ما یؤدی إلیهم حقوقهم،ان الله تعالی یقول (۱)«یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا لاٰ تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ» و قال ما أحب له أن یستقرض الا و عنده وفاء بذلک،اما فی عقده أو تجاره،و لو طاف علی أبواب الناس فردوه باللقمه و اللقمتین،الا أن یکون له ولی یقضی دینه عنه من بعده،ثم قال:انه لیس منا من یموت الا جعل الله له ولیا یقوم فی دینه فیقضی عنه».

و عن حنان بن سدیر (۲)عن أبیه،عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«کل ذنب یکفره القتل فی سبیل الله الا الدین،فإنه لا کفاره له الا أداؤه أو یقضی صاحبه،أو یغفر الذی له الحق».

و عن معاویه بن وهب (۳)فی الصحیح قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:انه ذکر لنا أن رجلا من الأنصار مات و علیه دیناران دینا فلم یصل علیه رسول الله صلی الله علیه و آله و قال:صلوا علی صاحبکم حتی ضمنها عنه بعض قرابته،فقال:أبو عبد الله علیه السلام ذلک الحق ثم قال:ان رسول الله صلی الله علیه و آله انما فعل ذلک لیتعظوا و لیرد بعضهم علی بعض، و لئلا یستخفوا بالدین،و قد مات رسول الله صلی الله علیه و آله و علیه دین،و قتل أمیر المؤمنین علیه السلام،و علیه دین،و مات الحسن علیه السلام و علیه دین،و قتل الحسین علیه السلام و علیه دین»(۴).

۱- ۱) سوره النساء الآیه-۲۷.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۹۴.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۹۳.

و فی کتاب کشف المحجه لابن طاوس (۱)قال:

«رأیت فی کتاب إبراهیم بن محمد الأشعری الثقه بإسناده عن أبی جعفر علیه السلام،«قال:قبض علی علیه السلام و علیه دین ثمان مأه ألف درهم،فباع الحسن علیه السلام ضیعه له بخمسمأه ألف درهم،و قضاها عنه و باع ضیعه له بثلاثمائه الف فقضاها عنه و ذلک أنه لم یکن یرزأ من الخمس شیئا و کانت تنوبه نوائب».

قال:و رأیت فی کتاب عبد الله بن بکیر (۲)بإسناده عن أبی جعفر علیه السلام

«أن الحسین علیه السلام قتل و علیه دین،و أن علی بن الحسین علیهما السلام،باع ضیعه له بثلاثمائه ألف فقضی دین الحسین علیه السلام و عدات کانت علیه».

و عن موسی بن بکر (۳)قال:

«قال لی أبو الحسن علیه السلام:من طلب هذا الرزق من حله لیعود به علی نفسه و عیاله کان کالمجاهد فی سبیل الله عز و جل،و ان غلب علیه فلیستدن علی الله عز و جل و علی رسوله صلی الله علیه و آله ما یقوت به عیاله،فان مات و لم یقضه کان علی الإمام قضاؤه،و ان لم یقضه کان علیه وزره،فان الله عز و جل «یقول إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاکِینِ الی قوله وَ الْغَارِمِینَ فهو فقیر مسکین مغرم».

و عن العباس بن عیسی (۴)قال:

«ضاق علی علی بن الحسین علیهما السلام ضیقه فأتی مولی له فقال له:أقرضنی عشره آلاف درهم الی میسره، فقال:لا لانه لیس عندی،و لکنی أرید وثیقه،قال:فنتف له من ردائه هدبه، فقال:هذه الوثیقه قال:فکان مولاه کره ذلک،فغضب علیه السلام فقال:أنا أولی بالوفاء أم حاجب بن زراره،فقال:أنت أولی بذلک منه،قال فکیف صار حاجب بن زراره یرهن قوسا و هی خشبه علی مأه حماله،و هو کافر فیفی و أنا لا أفی بهدیه ردائی؟قال:فأخذها الرجل منه و أعطاه الدراهم و جعل الهدبه فی حق،فسهل الله عز و جل له المال فحمله الی الرجل،ثم قال:له أحضرت مالک فهات وثیقتی،

۱- ۱) الوسائل الباب-۲-من أبواب الدین الرقم ۱۱.

۲- ۲) الوسائل الباب-۲-من أبواب الدین الرقم ۱۲.

۳- ۳) الوسائل الباب-۲-من أبواب الدین الرقم ۲.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۹۶.

فقال له:جعلت فداك ضيعتها فقال:إذا لا تأخذ مالك منى،ليس مثلى من يستخف بذمته،فقال:فأخرج الرجل الحق فإذا فيه الهدبه،فأعطاها على بن الحسين عليهما السلام الدراهم،فأخذ الهدبه فرمى بها ثم انصرف».

و عن موسى بن بكر (۱)قال:

«ما أحصى ما سمعت أبا الحسن عليه السلام ينشد:

فان يك يا أميم على دين

فعمران بن موسى يستدين

». قيل:المراد موسى بن عمران و انما قلب محافظه على الوزن.

و عن موسى بن بكر (۲)قال:

«من طلب الرزق من حله فغلب فليستقرض على الله عز و جل و على رسوله صلى الله عليه و آله».

و عن أيوب بن عطيه الحذاء (۳)قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:كان رسول الله صلى الله عليه و آله يقول:أنا أولى من كل مؤمن بنفسه،و من ترك مالا فللوارث، و من ترك دينا أو ضياعا فالي و على». و الضياع بالفتح العيال.

و عن أبى موسى (۴)قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:جعلت فداك يستقرض الرجل و يحج؟قال:نعم،قلت:يستقرض و يتزوج؟قال:نعم انه ينتظر رزق الله غدوه و عشيه».

أقول:الوجه فى الجمع بين هذه الاخبار هو جواز الاستدانه على كراهه، و روايتا سماعه المتقدمتان محمولتان على شده الكراهه و تأكدها،لما عرفت أولا من استدانه الأئمه عليهم السلام،و ثانيا بما دلت عليه روايه موسى بن بكر و روايه أبى موسى من أنه يستقرض على الله و أنه ينتظر رزق الله.

و يؤكده ما رواه

الشيخ عن صفوان بن يحيى عن على بن إسماعيل عن رجل

ص:۱۰۴

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۹۵.

۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۱۱۱.

۳- ۳) الوسائل الباب-۳-من أبواب كتاب الفرائض و المواريث الى قم ۱۴.

۴- ۴) الفقيه ج ۳ ص ۱۱۱.

من أهل الشام (۱)«انه سأل أبا الحسن الرضا علیه السلام عن رجل علیه دین قد قدحه (۲)و هو یخالط الناس،و هو یؤتمن یسعه شراء الفضول من الطعام و الشراب فهل یحل له أم لا و هل یحل له أن یتضلع من الطعام أم لا یحل له الا قدر ما یمسک به نفسه و یبلغه؟قال لا بأس بما أکل».

و الظاهر أنه تزول الکراهه مع الحاجه،و علی هذا یحمل استدانه الأئمه علیهم السلام کما یشیر الیه خبر استدانه علی بن الحسین علیهما السلام قال:فی الدروس و لا کراهه مع الضروره،فقد مات رسول الله-علیه و علی آله الصلوات و السلام-و الحسنان و علیهم دین،قال:و لو کان له مال بإزائه خفت الکراهه،و کذا لو کان له ولی یقضیه و ان لم یجب علیه قضاؤه،فزالت مناقشه ابن إدریس (۳)لأن عدم وجوب القضاء لا ینافی وقوع القضاء،ثم نقل عن الحلبی أنه حرم الاستدانه علی غیر القادر علی القضاء، و کان مراده عدم القدره علی الأداء حالا و مؤجلا لعدم شیء عنده.

و یرده ما تقدم من قوله علیهم السلام فی ما تقدم«یستقرض علی الله و علی رسوله،و أنه ینتظر رزق الله»و کذا ظواهر أخبار الجواز لإطلاقها فی ذلک.

ص: ۱۰۵

۱- ۱) التهذیب ج ۶ ص ۱۹۴.

۲- ۲) یقال قدحه الدین:أی أثقله،و یتضلع:ای امتلی شبعا،و یبلغه من البلغه بالضم و هی ما یکتفی به من العیش.منه رحمه الله.

۳- ۳) و صوره مناقشه ابن إدریس هو ان الشیخ ذکر فی النهایه ان الاولی ان لا یستدین إلا إذا کان له ما یرجع الیه،أو یکون له ولی یعلم انه ان مات قضی عنه، فاعترضه ابن إدریس بأن هذا غیر واضح لأن الولی لا یجب علیه قضاء دین من هو ولی له،و خطأته العلامه فی المختلف بان الشیخ لم یدع وجوب القضاء علی الولی، بل قال:إذا علم بأن له ولیا یقضی عنه زالت الکراهه،و هو الذی أشار إلیه فی الدروس.و أنت خبیر بان الشیخ قد عول فی ذلک علی روایتی سماعه المذکورتین فی الأصل.منه رحمه الله.

ثم انه حیث کان الدین عباره عما یوجب شغل الذمه،فالظاهر شمول الکراهه هنا للبیع سلفا و نسیئه،بل ربما أمکن شموله للحال مع عدم إحضار النقد،بل تأخیره إلی وقت آخر الا أن یخص الدین بالمؤجل،کما قیل:ان الدین ما له أجل،و القرض ما لا أجل له.

و حیث ان الدین الذی عنونا به الکتاب أعم من القرض،فالکلام هنا یقع فی مقصدین.

[المقصد] الأول فی القرض

اشاره

و ثوابه جسیم و أجره عظیم،و منعه من الطالب المحتاج الیه ذمیم،

فروی الصدوق فی کتاب ثواب الأعمال عن محمد بن حباب القماط (۱)عن شیخ کان عندنا قال:

«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:لأن أقرض قرضا أحب الی من أن أتصدق بمثله،و کان یقول:من أقرض قرضا و ضرب له أجلا و لم یؤت به عند ذلک الأجل کان له من الثواب فی کل یوم یتأخر عن ذلک الأجل مثل صدقه دینار واحد فی کل یوم».

و عن الفضیل (۲)قال:

«قال أبو عبد الله علیه السلام:ما من مسلم أقرض مسلما قرضا حسنا یرید به وجه الله الا حسب له اجره کحساب الصدقه حتی یرجع الیه».

و عن جابر (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال رسول الله صلی الله علیه و آله:من أقرض مؤمنا قرضا ینظر به میسوره،کان ماله فی زکاه،و کان هو فی صلاه من الملائکه حتی یؤدیه الیه».

و عن هیثم الصیرفی (۴)و غیره عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«القرض الواحد بثمانیه عشر و ان مات حسبه من الزکاه».

و روی فی کتاب الهدایه (۵)قال:

«قال

۱- ۱) الوسائل الباب-۶-من أبواب الدین و القرض.

۲- ۲) الوسائل الباب-۶-من أبواب الدين و القرض.

۳- ۳) الوسائل الباب-۶-من أبواب الدين و القرض.

۴- ۴) الوسائل الباب-۶-من أبواب الدين و القرض.

۵- ۵) المستدرک ج ۲ ص ۳۹۸.

الصادق علیه السلام:مکتوب علی باب الجنه الصدقه بعشره،و القرض بثمانیه عشر». و انما صار القرض أفضل من الصدقه لأن المستقرض لا یستقرض الا من حاجه،و قد یطلب الصدقه من غیر الاحتیاج إلیها.

و روی فی کتاب عقاب الأعمال فی حدیث (۱)عن رسول الله صلی الله علیه و آله قال:

« من شکی إلیه أخوه المسلم فلم یقرضه حرم الله علیه الجنه یوم یجزی المحسنین».

و روی الراوندی فی نوادره (۲)بإسناده عن موسی بن جعفر عن آبائه علیهم السلام قال:

«قال رسول الله صلی الله علیه و آله:الصدقه بعشره،و القرض بثمانیه عشر،و صله الإخوان بعشرین، و صله الرحم بأربع و عشرین».

و روی فی الأمالی فی خبر المناهی (۳)قال:

«قال النبی صلی الله علیه و آله،من احتاج الیه أخوه المسلم فی قرض و هو یقدر علیه و لم یفعل حرم الله علیه ریح الجنه».

و روی الشیخ و جمله ممن تأخر عنه فی الکتب الفقهیه منهم العلامه فی جمله من کتبه أن القرض أفضل من الصدقه بمثله من الثواب،و الظاهر کما استظهره بعض مشایخنا المتأخرین أن الضمیر فی مثله متعلق بأفضل،بمعنی أن فضل القرض أکثر من الصدقه فی الثواب بقدر المثل،ای أن ثواب القرض ضعف ثواب الصدقه، و ربما أشکل الجمع بینه و بین ما تقدم من أن الصدقه الواحده بعشره،و القرض بثمانیه عشره،حیث ان ظاهر الخبر أن درهم الصدقه بعشره،و درهم القرض بعشرین، و عند التأمل فی ذلک لا إشکال،لأن المفاضله و المضاعفه انما هی فی الثواب،و لا ریب انه إذا تصدق بدرهم،فإنه إنما یصیر عشره باعتبار ضم الدرهم المتصدق به حیث أنه لا یرجع،و الحاصل من الثواب الذی اکتسبه بالصدقه فی الحقیقه مع قطع النظر عن ذلک الدرهم انما هو تسعه،و علی هذا فثواب القرض و هو ثمانیه عشر ضعف التسعه،لان المفاضله و المضاعفه انما هی فی الثواب المکتسب.

۱- ۱) الوسائل الباب-۶-من أبواب الدین و القرض.

۲- ۲) الوسائل الباب-۱۱ من أبواب المعروف.

۳- ۳) الفقیه ج ۴ ص ۹.

و لک أن تقول ان درهم الصدقه لما لم یکن بعشره الا من حیث عدم رجوع الدرهم فدرهم القرض،لما کان یرجع بعینه،و یرجع ما قابله من الثواب المخصوص بتلک العین،یکون الباقی ثمانیه عشر،و علی کل من التقدیرین فالمضاعفه حاصله.

ثم انه ینبغی أن یعلم أن تحقق أصل الثواب فی القرض فضلا عن أفضلیته علی الصدقه انما یکون مع قصد القربه لله سبحانه،کما فی نظائره من الطاعات،فلو قصد به الأغراض الدنیویه لم یترتب علیه ذلک.

و یدل علیه ما رواه

الثقه الجلیل علی بن إبراهیم القمی فی تفسیره بسنده فیه عن حفص (۱)قال:

«قال أبو عبد الله علیه السلام:الربا رباءان أحدهما حلال،و الأخر حرام،فأما الحلال فهو أن یقرض الرجل أخاه قرضا طمعا أن یزیده،و یعوضه بأکثر مما یأخذه من غیر شرط بینهما،فإن أعطاه أکثر مما أخذه بلا شرط بینهما فهو مباح له،و لیس له عند الله ثواب فیما أقرضه،و هو قوله «فَلاٰ یَرْبُوا عِنْدَ اللّٰهِ» و أما الحرام فالرجل یقرض قرضا یشترط أن یرد أکثر مما أخذه فهذا هو الحرام».

و کیف کان فالکلام فی هذا المقصد یقع فی مواضع

[الموضع] الأول [توقف القرض علی الإیجاب و القبول]

-قد صرح الأصحاب رضوان الله علیهم،بأن القرض عقد یتوقف علی الإیجاب و القبول مثل سائر العقود، الا أنه عقد جائز لا لازم،مثل البیع و نحوه،و هو ظاهر فی تحقق الملک علی المشهور من تملکه بالإیجاب و القبول و القبض (۲)و أما علی القول بأنه لا یملک الا بالتصرف فمقتضی ذلک أنه قبل التصرف انما هو بمنزله الإباحه،و علی هذا فینبغی أن لا یتوقف علی العقد،الا أن یقال:بأن الآثار

۱- ۱) الوسائل الباب-۱۸-من أبواب الربا و فیه عن المنقری عن جعفر بن غیاث.

۲- ۲) و من أظهرها فی وجوب الزکاه علی المقترض بعد قبضه مال القرض و دخول الحول علیه عنده،و لو کان اباحه لکان باقیا علی ملک المقترض،و کانت الزکاه علیه،و بالجمله فإن ظاهر الاخبار یدل علی حصول الملک بذلک لا علی مجرد الإباحه،و من الظاهر ان حصول الملک یحتاج الی ناقل شرعی عما کان علیه سابقا فتأمل.منه رحمه الله.

المترتبه على التصرف فى هذا الباب-المغايره للتصرف على وجه الإباحه-تتوقف على ما يدل على جواز التصرف،و ليس الا العقد و القبض،قالوا:و إيجابه أن يقول أقرضتك أو أسلفتك أو ملكتك و عليك عوضه،أو خذه أو تصرف فيه أو انتفع به و نحو ذلك.

و بالجمله فإن صيغته لا تنحصر فى لفظ كالعقود الجائزه،بل كل لفظ دل عليه كفى،الا ان أقرضتك صريح فى معناه،فلا يحتاج إلى ضميمه عليك رد عوضه، و نحوه و غيره من الألفاظ يحتاج إليها،فلو تركها و كان بلفظ التمليك أفاد الهبه ان لم يكن ثمه ما يدل على القرض من قرائن المقام،و لم يعلم قصده،لان اللفظ المذكور صريح فى ذلك،و لو كان بلفظ السلف كان فاسدا،لأنه حقيقه فى السلم،و لم يوجد ما يصرف عنه كما هو المفروض،و لم يجتمع شرائطه،و لو كان بغيرهما من الألفاظ الداله على الإباحه فهو على ما يقتضيه ظاهر اللفظ،الا مع القصد إلى الهبه فيدخل فيها، و لو اختلفا فى القصد فالقول قول الموجب،لأنه أبصر بما قاله.

و لو اختلفا فى الهبه بأن ادعى القابض كونه هبه،و ادعى المعطى كونه قرضا فقد قطع فى التذكره بتقديم قول صاحب المال محتجا بأنه أعرف بلفظه،و أن الأصل عصمه ماله و عدم التبرع،و وجوب الرد على الأخذ

لقوله (1)صلى الله عليه و آله

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى». ثم احتمل تقديم دعوى الهبه.

و استشكل فى القواعد و أورد على ما احتج به فى التذكره بأن لفظ التمليك حقيقه فى الهبه،لأنه تمام مفهومه الشرعى،و أما كونه بمعنى القرض فيفتقر إلى ضميمه أخرى،لأنه معنى مجازى يتوقف الحمل عليه على القرينه،و الفرض انتفاؤها،و لا خلاف و لا شبهه فى أن دعوى خلاف الظاهر و الحقيقه-فى سائر العقود-لا يلتفت إليها،و القصد و ان كان معتبرا الا أن الظاهر فى الألفاظ الصريحه اقترانها بالقصد،و أنه لو أريد غيره لذكرت القرينه معه،و من هنا أجمعوا على أنه لو ادعى عدم القصد الى البيع و نحوه مع تصريحه بلفظه لم يلتفت اليه.

و من ذلك يعلم أن أصاله العصمه قد انقطعت باللفظ الصريح الدال على الانتقال،

١- ١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠۴.

و مثله القول فی الخبر فإنه مع وجود اللفظ الصریح فی الدلاله علی النقل عن الملک الرافع للضمان یخرج موضع النزاع من ذلک، و الکلام فی القبول کما تقدم فی الإیجاب من أنه لا ینحصر فی لفظ،بل کلما دل علی الرضا بالإیجاب.

و هل یکفی القبول الفعلی و یترتب علیه ما یترتب علی القولی من تمام الملک أو إنما یکفی بالنسبه إلی إباحه التصرف خاصه؟قطع جمع من الأصحاب بالأول، و تنظر فیه بعضهم،و استظهر الثانی إذا عرفت ذلک فالذی یظهر عندی من تتبع الاخبار ان الأمر هنا کما قدمنا شرحه فی کتاب التجاره (1)من سعه الدائره فی العقود،و الاکتفاء فیها بما دل علی الرضا،و عدم اشتراط شیء زائد علی ذلک.

و الاکتفاء هنا بمجرد الطلب و الإعطاء و أخذ ذلک بالألفاظ الداله علی اراده القرض،کما عرفت من حدیث استقراض علی بن الحسین علیهما السلام المتقدم،فإنه لیس فیه بعد طلبه القرض من مولاه بقوله أقرضنی و المحاوره بینهما فی الوثیقه،الا انه أعطاه المال بعد قبض الوثیقه،فأخذ علیه السلام المال و انصرف،و لیس هنا صیغه و لا عقد زائد علی ما ذکر فی الخبر.

[الموضع] الثانی فی حکم النفع المترتب علی القرض

اشاره

،و الکلام فی ذلک یقتضی بسطه فی موارد

أحدها [تحریم اشتراط النفع فی القرض] :

لا خلاف بین الأصحاب رضوان الله علیهم،فی تحریم اشتراط النفع فی القرض،بل نقل بعض محققی متأخرین المتأخرین إجماع المسلمین علی ذلک،و ربما ظهر من بعض الاخبار تحریم حصول النفع،و ان کان لا بشرط، و الواجب نقل ما وصل إلینا من الاخبار فی ذلک،ثم الجمع بین مختلفاتها و تألیف متشتتاتها.

فمنهما ما رواه

المشایخ الثلاثه(نور الله تعالی مراقدهم)عن محمد بن

1- 1) ج 18 ص 355.

مسلم (۱)و غیره قـال: «سألت أبا عبـد الله علیه السـلام عن الرجل یسـتقرض من الرجل قرضا و یعطیه الرهن اما خادما و اما آنیه و امـا ثیابـا فیحتاج إلی شـیء من منفعته، فیسـتأذنه فیه فیأذن له،قال:إذا طابت نفسه فلا بأس،فقلت:ان من عنـدنا یرون أن کل قرض یجر منفعه فهو فاسد؟قال:أو لیس خیر القرض ما جر منفعه».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن محمد بن عبده (۲)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن القرض یجر المنفعه؟قال:خیر القرض الذی یجر المنفعه».

و ما رواه

فی الکافی عن بشر بن مسلمه (۳)و غیر واحد عمن أخبره عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«خیر القرض مـا جر المنفعه»و رواه الشـیخ فی التهـذیب عن بشـر بن مسـلمه عن أبی عبـد الله علیه السـلام«قال:قال أبو جعفر علیه السلام»،الحدیث.

و ما رواه

الصدوق و الشیخ عن إسحاق بن عمار (۴)فی الموثق قال:

«قلت لأبی إبراهیم علیه السـلام:الرجـل یکون له عنـد الرجـل المـال قرضـا فیطول مکثه عنـد الرجـل،لاـ یـدخل علی صاحبه منه منفعه،فینیله الرجل الشیء کراهه ان یأخذ ماله حیث لا یصیب منه منفعه أ یحل ذلک له؟قال:لا بأس إذا لم یکونا شرطاه».

و ما رواه

فی الکافی عن إسحاق بن عمار (۵)عن أبی الحسن علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یکون له مع الرجل مال قرضا فیعطیه الشـیء من ربحه مخافه أن یقطع ذلک عنه،فیأخـذ ماله من غیر أن یکون شرط علیه قال:لا بأس».

و ما رواه

فی التهذیب عن محمد بن قیس (۶)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«من أقرض رجلا ورقا فلا یشترط الا مثلها،فإن جوزی بأجود منها فلیقبل و لا یأخذ أحد منکم رکوب دابه أو عاریه متاع یشترطه من أجل قرض ورقه».

و ما رواه

فی التهذیب عن أبی بصیر (۷)فی الموثق عن أبی جعفر علیه السلام،

ص :۱۱۱

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۵۵ التهذیب ج ۶ ص ۲۰۱.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۵۵ التهذیب ج ۶ ص ۲۰۲.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۵۵ التهذیب ج ۶ ص ۲۰۲.

۴- ۴) التهذیب ج ۶ ص ۲۰۵ الفقیه ج ۳ ص ۱۸۱.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۱۰۳.

۶- ۶) التهذیب ج ۶ ص ۲۰۳.

۷- ۷) التهذیب ج ۶ ص ۲۰۳.

قال: «قلت له:الرجل يأتيه النبط بأحمالهم فيبيعها لهم بالأجر فيقولون:

له أقرضنا دنانير فانا نجد من يبيع لنا غيرك،و لكنا نخصك بأحمالنا من أجل أنك تقرضنا قال:لا بأس به،انما يأخذ دنانير مثل دنانيره،و ليس بثوب ان لبسه كسر ثمنه،و لا دابه ان ركبها كسرها و انما هو معروف يصنعه إليهم».

و ما رواه

فى الفقيه و فى التهذيب عن جميل بن دراج (۱)عن رجل عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قلت:أصلحك الله انا نخالط نفرا من أهل السواد فنقرضهم القرض،و يصرفون إلينا غلاتهم فنبيعها لهم بأجر،و لنا فى ذلك منفعه؟قال:فقال لا بأس،و لا أعلمه،الا و قال:لو لا ما يصرفون إلينا من غلاتهم لم نقرضهم،فقال:

لا بأس».

و ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن الحلبى (۲)عن ابى عبد الله عليه السلام قال:

«إذا أقرضت الدراهم ثم جائك بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط».

و عن خالد بن الحجاج (۳)قال:

«سألته عن رجل كانت لى عليه مأه درهم عددا فقضاها مأه ورقا قال لا بأس ما لم يشترط،قال:و قال:جاء الربا من قبل الشروط انما يفسده الشروط».

و عن الحلبى (۴)فى الحسن عن ابى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عددا ثم يعطى وزنا و قد عرف أنها أثقل مما أخذ و يطيب نفسه ان يجعل له فضلها؟فقال:لا بأس به إذا لم يكن فيه شرط،و لو وهبها له كملا كان أصلح».

و عن أبى الربيع (۵)قال:

«سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أقرض رجلا

۱- ۱) الفقيه ج ۳ ص ۱۸۰ التهذيب ج ۶ ص ۲۰۴.

۲- ۲) التهذيب ج ۶ ص ۲۰۱.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ١١٢.
٤- ٤) التهذيب ج ٧ ص ١٠٩.
٥- ٥) التهذيب ج ۶ ص ٢٠٠.

دراهم فرد علیه أجود منها بطیب نفسه،و قد علم المستقرض و القارض انه انما أقرضه لیعطیه أجود منها قال:لا بأس إذا طابت نفس المستقرض».

و ما رواه

فی التهذیب عن إسحاق بن عمار (۱)فی الموثق عن العبد الصالح علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یرهن الثوب أو العبد أو الحلی أو المتاع من متاع البیت،فیقول صاحب الرهن للمرتهن:أنت فی حل من لبس هذا الثوب فالبس الثوب و انتفع بالمتاع،و استخدم الخادم؟قال:هو له حلال إذا أحله و ما أحب له أن یفعل».

و عن علی بن محمد (۲)قال:

«کتبت الیه القرض یجر المنفعه هل یجوز أم لا؟فکتب علیه السلام،یجوز ذلک عن تراض منهما ان شاء الله».

و عن یعقوب بن شعیب (۳)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن الرجل یسلم فی بیع أو تمر عشرین دینارا و یقرض صاحب السلم عشره دنانیر أو عشرین دینارا؟قال:لا یصلح إذا کان قرضا یجر شیئا،فلا یصلح،قال:و سألته عن الرجل یأتی حریفه و خلیطه فیستقرضه الدنانیر فیقرضه،و لولا أن یخالطه و یحارفه و یصیب علیه لم یقرضه؟فقال:ان کان معروفا بینهما فلا بأس،و ان کان انما یقرضه من أجل أنه یصیب علیه فلا یصلح».

و ما رواه

فی الکافی عن غیاث بن إبراهیم (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«ان رجلا أتی علیا علیه السلام فقال له:ان لی علی رجل دینا فأهدی الی هدیه قال:احسبه من دینک علیه».

و عن هذیل بن حیان أخی جعفر بن حیان الصیرفی (۵)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:انی دفعت الی أخی جعفر مالا فهو یعطینی ما أنفقه و أحج به و أتصدق، و قد سألت من قبلنا فذکروا أن ذلک فاسد لا یحل،و أنا أحب أن انتهی الی قولک،

۱- ۱) التهذیب ج ۶ ص ۲۰۰.
۲- ۲) التهذیب ج ۶ ص ۲۰۴.
۳- ۳) التهذیب ج ۶ ص ۲۰۵.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۱۰۳.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۱۰۳.

فقـال لی:أ کـان یصـلک قبل ان تـدفع الیه مالک؟قلت:نعم،قال:خـذ ما یعطیک فکل منه و اشـرب و حـج و تصـدق،فإذا قـدمت العراق فقل جعفر بن محمد أفتانی بهذا».

و ما رواه

الحمیری فی کتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن عن جده علی بن جعفر (۱)عن أخیه موسی بن جعفر علیه السلام قال:

«سألته عن رجل اعطی رجلا مأه درهم علی أن یعطیه خمسه دراهم،أو أقل أو أکثر قال:هذا الربا المحض».

هـذا ما حضـرنی من اخبار المسأله و جلها کما تری متفق الدلاله واضح المقاله علی حل الانتفاع بما یحصل فی القرض،و یترتب علیه من المنافع الا مع الشرط.

و اما ما دل علیه صـحیح یعقوب بن شعیب مما ینافی ما ذکرناه فقد حمله الشیخ علی الکراهه تاره،و علی الشرط اخری،و الأقرب عنـدی حمله علی التقیه لما یفهم من الخبر الأول و خبر هـذیل بن حیان،فان ظاهرهما ان مـذهب العامه تحریم القرض الذی یجر المنفعه مطلقا.

و قد رووا

عن النبی صلی الله علیه و آله

«ان کـل قرض یجر المنفعه فهـو حرام» (۲). و لهـذا تکـاثرت الاخبـار ردا علیهم،بـأن خیر القرض ما جر المنفعه،و انما منعت فی صوره الشرط خاصه،کما تقدم فی الاخبار خصوصا

روایه خالد بن الحجاج من قوله علیه السلام

«جاء الربا من قبل الشروط،انما یفسده الشروط».

و امـا ما دل علیه خبر غیاث بن إبراهیم من حساب الهـدیه من الـدین،فحمله الشـیخ علی الهـدیه الغیر المعتاده أو المشترطه جمعا بین الاخبـار،و حمله بعضـهم علی الاسـتحباب،و لاـ بـأس به،و یشـیر الی ذلک قول علیه السـلام فی موثق إسـحاق بن عمار «و ما أحب له أن یفعل»بعد ان صرح بالجواز،و لا منافاه فی ذلک لباقی الأخبار، فإن غایه ما یدل علیه الجواز،و هو لا ینافی الکراهه.

۱- ۱) الوسائل الباب ۱۹-من أبواب الدین الرقم ۸.

۲- ۲) المستدرک-ج ۲ ص ۴۹۲ الجامع الصغیر-ج ۲ ص ۹۴ ط احمد حنفی لکن فیهما«فهو ربا».

و علی هذا ینبغی ان یحمل مفهوم روایه هذیل بن حیان،فان ظاهرها تخصیص جواز القول بما إذا کان یصله سابقا قبل دفع ماله الیه،و مفهومه عدم الجواز لو کان بعد دفع المال،و ما ذاک الا من حیث ترتب النفع علی دفع المال،فیحمل حینئذ علی الکراهه جمعا (۱)و یشیر الی ذلک ایضا قوله فی آخر حسنه الحلبی المتقدمه «و لو وهبها له کان أصلح»فکأنما بالهبه تزول الکراهه،و حینئذ فیمکن القول بالجواز علی کراهه الا ان ظاهر

قولهم علیهم السلام

«خیر القرض ما جر المنفعه». ربما نافی ذلک،فإنه لا تثبت الخیریه مع الکراهه.

و بعدم الکراهه صرح ایضا شیخنا الشهید الثانی فی المسالک،فقال بعد قول المصنف«لو تبرع المقترض بزیاده فی العین أو الصفه جاز»:لا-فرق فی الجواز بین کون ذلک من نیتهما أو عدمه،و لا-بین کونه معتادا أو عدمه بل لا یکره قبوله،للأصل و إطلاق النصوص بذلک،

و قد روی ان النبی صلی الله علیه و آله(۲)

«اقترض بکرا فرد باذلا (۲)رباعیا،و قال:ان خیر الناس أحسنهم قضاء». و روی مثله کثیرا عن الصادق علیه السلام انتهی.

۱- ۱) و یحتمل ایضا الحمل علی التقیه بل الظاهر انه الأقرب کما یشیر الیه قوله فی آخر الخبر إذا قدمت العراق فقل:جعفر بن محمد أفتانی بهذا،فإنه حیث کانت هذا الفتوی موافقا لما علیه العامه من تحریم النفع أمر بإضاعتها و عدم کتمانها منه رحمه الله.

۲- ۳) الباذل الذی تم له ثمان سنین ثم یقال له باذل عام و باذل عامین و هکذا کل سنه.منه رحمه الله.

و يؤيده ما ذكره أيضا

صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام،عن الرجل يستقرض من الرجل الدراهم فيرد عليه المثقال أو يستقرض المثقال فيرد عليه الدراهم؟فقال:إذا لم يكن شرط فلا بأس،و ذلك هو الفضل كان أبى عليه السلام يستقرض الدراهم الفسوله فيدخل عليه الدراهم الجياد،فيقول:

يا بنى ردها على الذى استقرضتها منه فأقول:يا أبت ان دراهمه فسوله و هذه خير منها فيقول:يا بنى ان هذا هو الفضل فأعطه إياها».

أقول:الظاهر أن قوله عليه السلام،«ان هذا هو الفضل»إشاره إلى قوله عز و جل (۲)«وَ لاٰ تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ» و يمكن الجمع-بأن هذه الاخبار حيث أنك قد عرفت ظهور الكراهه من الاخبار التى أشرنا إليها-بأن يقال:لا منافاه بين استحباب إعطاء الفضل من المقترض و ان كره على المقارض أخذه،الا ان اجراء هذه الحمل فى اخبار«خير القرض ما جر المنفعه»لا يخلو من تعسف و تكلف.

و

ثانيها [بطلان القرض إن اشترط فيه النفع]

الظاهر أن لا خلاف بين الأصحاب فى بطلان القرض و عدم افادته الملك متى اشتمل على اشتراط النفع.

بل نقل فى المسالك الإجماع على ذلك،قال:و مستنده

«ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله (۳)«أنه قال:كل قرض يجر منفعه فهو حرام». و المراد مع الشرط، إذ لا خلاف فى جواز التبرع.انتهى.و حينئذ فمع شرط الزياده تصير الزياده و الإقراض و الاقتراض حراما،و كذا التصرف فى المال المقترض مع العلم،و يكون مضمونا كالمغصوب،لان المفروض بطلان العقد بذلك،فيترتب الأحكام المذكوره،فلو قبضه كان مضمونا عليه،كالبيع الفاسد للقاعده المشهوره«من أن

ص: ۱۱۶

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۵۴ التهذیب ج ۷ ص ۱۱۵ الفقیه ج ۳ ص ۱۸۱.

۲- ۲) سوره البقره،الایه ۲۳۷.

۳- ۳) المستدرک ج ۲ ص ۴۹۲ الجامع الصغیر ج ۲ ص ۹۴ ط احمد حنفی لکن فیهما«فهو ربا».

كل عقد يضمن بصحيحه،يضمن بفاسده»و نقل عن ابن حمزه أنه ذهب الى كونه أمانه و هو ضعيف،لما عرفت.

أقول:أما ما ذكروه من تحريم الشرط المذكور فهو مما لا اشكال فيه،و ما ذكروه من بطلان أصل العقد فان كان من حيث اشتماله على الشرط الفاسد، و كل عقد كان كذلك فهو باطل،فقد عرفت الخلاف فى ذلك فيما تقدم،الا ان الظاهر أنه ليس البطلان هنا عندهم مبنيا على ذلك،و لهذا انما استند شيخنا المتقدم ذكره بعد دعوى الإجماع الى الخبر النبوى المذكور،و هو صريح فيما ذكره،الا أن الظاهر أن الخبر المذكور انما هو من طريق العامه،فإنى لم أقف عليه بعد التتبع فى شىء من كتب أخبارنا،و أخبار المسأله المتقدمه على كثرتها و تعددها ليس فيها اشعار فضلا عن الدلاله الصريحه ببطلان أصل العقد،بل الظاهر منها انما هو بطلان الشرط،فان مفهوم نفى البأس مع عدم الشرط فى كثير مما تقدم من الاخبار انما -توجه إلى الزياده،كما لا يخفى على المتأمل فيها.

فمنها موثقه إسحاق بن عمار (1)المشتمله على أنه ينيله الشىء بعد الشىء كراهه أن يأخذ ماله أ يحل ذلك؟«قال:لا بأس إذا لم يكونا شرطاه»و هو ظاهر فى أن السؤال انما هو عن حل الزياده،فأجاب عليه السلام بالحل مع عدم الشرط،و مفهومه أنه مع الشرط لا تحل،و أما أصل العقد فلا تعرض فى الخبر له بوجه.

و قس على ذلك غيره من الاخبار التى مثله فى هذه العباره مثل خبر إسحاق الثانى و حسنه الحلبى و نحو ذلك قوله عليه السلام

فى صحيحه محمد بن قيس:

«و لا يأخذ أحدكم ركوب دابه أو عاريه متاع يشترطه من أجل قرض ورقه». فإنه نهى عليه السلام عن أخذ الزياده بالشرط.

و بالجمله فإن الأخبار المتقدم لا دلاله فيها و لو بنوع اشاره على بطلان العقد من أصله،و لا أعرف لهم دليلا إلا الإجماع المدعى كما عرفت،و المسأله لذلك محل

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۰۳.

أشكال (۱).

و

ثالثها [حكم الزياده العينيه و الحكميه] :

لاـ يخفى أن الزياده التى يحرم اشتراطها فى القرض-و يجوز أخذها مع عدم الشرط-اما أن يكون عينيه و هو ظاهر،أو حكميه كدفع الجيد بدل الردى و الصحيح بدل المكسور،و الكبير بدل الصغير،و لا إشكال فى صوره عدم الاشتراط فى أن المقرض يملك الزياده المذكوره ملكا مستقرا بقبضه ذلك،لأنها تابعه للعين،كان ذلك استيفاء لحقه.

و انما الإشكال فى الزياده العينيه كما لو دفع اثنا عشر من عليه عشره،فهل يكون الحكم فى هذه الزياده كالزياده الحكميه؟بناء على أنها معاوضه عما فى الذمه،غايته كونه متفاضلا،و هو مع عدم الشرط جائزا أو أنه يكون الزائد بمنزله الهبه-فيترتب عليه أحكامها التى من جملتها الرجوع فى العين ما دامت موجوده على بعض الوجوه،نظرا الى أن الثابت فى الذمه انما هو مقدار الحق،فالزائد تبرع خالص،و إحسان محض،و عطيه منفرده-اشكال.

قال فى المسالك بعد ذكر نحو ذلك و بعد أن اعترف بأنه لم يقف فيه على شىء ما صورته:و لعل الثانى أوجه،خصوصا مع حصول الشك فى انتقال الملك عن مالكه على وجه اللزوم انتهى و هو جيد.

و يؤيده أن غايه ما يفهم من الاخبار المتقدمه هو حل ذلك له،و ان كان على كراهيه كما قدمنا ذكره،و هو لا ينافى جواز الرجوع مع وجود العين،و أما ما ذكره المحقق الأردبيلى(قدس سره)فى هذا المقام-حيث قال-بعد نقل حسنه الحلبى المتقدمه الداله على أن الرجل يستقرض الدراهم البيض عدد اثم يعطى وزنا الى آخره-:و فيها دلاله على أن الزياده هبه مستأنفه يجرى فيها أحكامها،و لا يحتاج إلى صيغه على حده،بل يكفى الإعطاء بطيب النفس عوضا،فيجرى فيه أحكام المعوضات،

ص: ۱۱۸

۱- ۱) و بموجب ما ذكرناه انه لو أقرضه بشرط شىء من النفع عينيا أو حكميا فان القرض صحيح يملكه المقترض،و أنما يحرم ما اشترطه من النفع خاصه-منه رحمه الله.

كما هو مقتضى الأصل و القواعد،و قد تردد فيه فى شرح الشرائع،ثم رجح ما رجحناه،و قال:و لم أقف ثم نقل باقى العباره كما قدمناه.

ففيه أولا-أنه لا-يخفى أن كلام شيخنا الشهيد الثانى المتقدم انما هو فى الزياده العينيه،و الذى تضمنه الخبر انما هو الزياده الحكميه،فإن الثقل الحاصل فى الدرهم انما هو من قبيل الحكميه،كما تقدم فى دفع الكبير بدل الصغير،و قد عرفت أنه لا إشكال فى انتقالها و ملك المقرض لها.

و ثانيا أن عباره الخبر«و لو وهبها له كان أصلح»ظاهره فى أن ما تضمنه السؤال و الجواب أولا انما يعطى مجرد الإباحه التى قد بنينا سابقا على دخول الكراهه فيها، و قد ذكرنا أن قوله«و لو وهبها»الى آخره إنما أريد به الإشاره إلى دفع الكراهه، بأن يهبه الزياده بصيغه شرعيه،ليخرج بذلك من الكراهه،فظاهر الخبر انما هو ان الدفع انما كان على جهه الإباحه و العطيه المطلقه،و أن الامام عليه السلام،استدرك ذلك بقوله «و لو دفع ذلك على وجه الهبه لكان أصلح».

و فيه إشاره الى أن الذى ذكر فى الخبر أولا-على غير الوجه الأصلح لا-أن الروايه دلت على كون الزياده هبه كما فهمه،و فرع عليه ما ذكره،فان توسط(لو)فى المقام ظاهر فى تغاير ما قبلها،و ما بعدها و أن ما بعدها،فرض آخر،بمعنى أن الأصلح أن يكون كذلك،و ما ذكرناه بحمد الله سبحانه ظاهر للناظر.

و

رابعها [الخلاف فى رد الصحاح عوضا عن المكسره] :

قد عرفت تحريم اشتراط النفع فى القرض مطلقا عينيا كان أو حكميا، و قال الشيخ فى النهايه:و ان أعطاه الغله و أخذ منه الصحاح شرط ذلك أو لم يشترط لم يكن به بأس،و قال أبو الصلاح يجوز القرض بشرط أن يعطيه عوض الغله صحاحا،و عوض المصوغ من الذهب عينا،و من الفضه ورقا،و عوض نقد مخصوص من خالص الذهب و الفضه العتيق من نقد غيره،و يلزم ذلك مع الشرط،و مع عدمه ليس له الا مثل ما أقرض الا أن يتبرع أحدهما.

و قال ابن حمزه يصح اشتراط الصحيح عن الغله،و كذا قال ابن البراج، و ظاهر كلام أكثر هؤلاء هو استثناء اشتراط أخذ الصحاح عن الغله من القاعده

المتقدمه،و زاد أبو الصلاح على ذلك ما هو مذكور فى عبارته.

و قال ابن إدريس لا يجوز أن يشترط رد الصحاح عوضا عن المكسره،و به أفتى جمله من تأخر عنه،و هو كذلك.

و نقل عن الشيخ و من معه الاستناد فيما ذكروه الى ما رواه

عن يعقوب بن شعيب (۱)فى الصحيح قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغله و يأخذ منه الدراهم الطازجيه (۲)طيبه بها نفسه قال:لا بأس». و ذكر ذلك عن على عليه السلام.

و رده الأصحاب بأنه لا دلاله فيه على ما ادعاه،إذ لم يذكر فيه الشرط،و غايته أنه مطلق،فيجب تقييده بعدم الشرط،جمعا بينه و بين ما دل من الاخبار المتقدمه على تحريم الاشتراط،و لا سيما

صحيح محمد بن قيس (۳)فإنه نص فى المطلوب حيث قال فيه:

«من أقرض رجلا ورقا فلا يشترط الا مثلها».

و ظاهر المحقق الأردبيلى(رحمه الله عليه)هنا الميل الى ما ذكره الشيخ و من تبعه،و تعميم الحكم فى المنفعه الحكميه لا بخصوص ما فى عباره النهايه، بل نقل عن الشيخ و الجماعه المذكورين العموم أيضا،قال«قدس سره»:و أما اشتراط الزياده وصفا مثل أن يشترط الصحيح عوضا عن المكسور فنقل عن الشيخ و جماعه جوازه،و لأنه مثل اشتراط الجيد عوض الردى،و للأصل،و عدم ظهور دخوله تحت الربا،و عدم دليل آخر من إجماع و نحوه،و خبر العامه ليس بصحيح، و معارض بخبر محمد بن مسلم ثم ذكر جمله من الاخبار المتقدمه المطلقه فى جواز

۱- ۱) التهذيب ج ۶ ص ۲۰۱.

۲- ۲) قال فى المختلف و يريد بالطازجيه الدراهم البيض الجيده،و هى بالطاء غير المعجمه و الزاى و الجيم انتهى و قال فى المسالک:و المراد بالطازج الخالص و بالغله غيره و قال فى السرائر الطازجيه:بالطاء غير المعجمه و الزاء المعجمه و الجيم: الدراهم البيض الجيد،و الغله مكسره الدراهم منه رحمه الله.

۳- ۳) التهذيب ج ۶ ص ۲۰۳.

أخذ نفع القرض،الی أن قال:نعم یمکن حملها علی ما إذا لم یشترط جمعا بین الأدله.

ثم أورد جمله من الروایات الداله علی نفی البأس ما لم یشترط،ثم ذکر صحیحه محمد بن قیس،و قال:هذه صریحه فی المنع و التحریم عن الزیاده الوصفیه،الی أن قال:فلو لا الحمل،بل و لو لا هذه الروایه لکان قول الشیخ و الجماعه قویا بما تقدم،مع عدم نص صحیح فی المنع فی الوصف،لأن الأخبار المتقدمه إنما دلت بالمفهوم علی البأس مع الشرط،و هو أعم من الکراهه و التحریم،فکان الحمل علی الکراهه أولی فتأمل.

و فیه أولا أن ما نقله عن الشیخ و الجماعه من عموم الجواز فی الزیاده الوصفیه مطلقا لا أعرف له وجها،و قد قدمنا لک عبائرهم،و کیف لا و الشیخ فی النهایه مصرح فی غیر موضع بتحریم الزیاده وصفیه أو عینیه مع الشرط (1)و انما استثنی هذا الفرد الذی قدمنا نقله عنه،و هو مدلول روایته التی نقل عنه الاستناد إلیها.

و ثانیا أنه قد تقدم فی روایه خالد بن الحجاج«انما یفسده الشروط»و هو أعم من أن یکون الزیاده المشروطه عینیه أو وصفیه،و لکن له الجواب هنا بأن الخبر غیر صحیح،کما یشیر الیه قوله«مع عدم نص صحیح فی المنع فی الوصف».

و ثالثا قوله«فکان الحمل علی الکراهه أولی»فإن فیه أن الاولی انما هو العکس، لان ثبوت البأس المدلول علیه بالمفهوم فی تلک الاخبار و ان کان أعم من الکراهه و التحریم کما ذکره،الا أن صحیحه محمد بن قیس لما صرحت بالتحریم-کما اعترف به-فالمناسب حمل هذا الإطلاق فی هذه الاخبار علیها،و تقییده بها،کما

1- 1) فمن ذلک قوله فإذا أقرض الإنسان مالا،فرد علیه ما هو الأجود منه من غیر شرط کان ذلک جائزا،و ان أقرض وزنا فرد علیه عددا أو أقرض عددا و رد علیه وزنا من غیر شرط زاد أو نقص بطیبه نفسه منها لم یکن بذلک بأس،ثم قال:«و ان أعطاه الغله»العباره المتقدم نقلها عنه فی الأصل،و هو کما تری ظاهر فی تخصیص الجواز بهذه الصوره.منه رحمه الله.

و القاعده المشهوره و الله العالم.

و

خامسها [فی وجوب أخذ الأجود] :

قال المحقق الأردبیلی(قدس سره)بعد البحث فی المسأله و تقدیم جمله من الاخبار التی قدمناها:ثم ان ظاهر الاخبار المتقدمه وجوب أخذ الأجود، ذکره فی التذکره،و لیس ببعید،و عدم الأخذ بعید،و تکلیف المقترض بغیر الأجود منفی بالأصل،و بأنه فضل ماله و زیاده بلا مانع،فیجب القبول،و لدخوله تحت مثل المال.نعم یمکن المنع فی الزیاده العینیه،و هنا أیضا لا ینبغی مع عدم المنه، بل قد یکون المنه له لو قبل،الی آخر کلامه(زید فی إکرامه).

و فیه نظر أما أولا فإن ما نقله عن التذکره و نفی عنه البعد من ظهور الاخبار فی وجوب أخذ الأجود-لا اعرف له وجها،فإن غایه ما تدل علیه الاخبار المشار إلیها هو نفی البأس عن أخذ الأجود،کما تضمنته صحیحه الحلبی (۱)و روایه خالد بن الحجاج، (۲)و حسنه الحلبی، (۳)و روایه أبی الربیع، (۴)و هو ان لم یدل علی البأس-کما قیل ان نفی البأس،یشیر إلی البأس-لم یدل علی الوجوب،علی أن الوجوب حکم شرعی یحتاج الی دلیل صریح واضح.

و أما ثانیا فلما عرفت فیما تقدم فی المورد الأول من أنه یکره للمقرض قبول الزیاده عینیه أو وصفیه،فکیف یتم الوجوب علیه،و قد أوضحنا ذلک من جمله من الاخبار،و بذلک أیضا صرح الشیخ فی النهایه حیث أنه-بعد أن عد جمله من المواضع التی یجوز قبول الزیاده فیها عینیه أو وصفیه مع عدم الشرط،قال:

«و الاولی تجنب ذلک أجمع،و هو مؤید لما ذکرناه حیث فهم من الاخبار ما فهمناه.

و أما ثالثا فان ما ذکره من الوجوه التخریجیه زاعما دلاتها علی الوجوب حیث قال بعدها:فیجب القبول عجیب من مثله(قدس سره)فان مثل هذه العلل التخریجیه لا تصلح لتأسیس الأحکام الشرعیه،إذ الأدله عندنا منحصره فی الکتاب و السنه،و علی تقدیر زیادتهم الإجماع و دلیل العقل فلا إجماع فی المقام،و لا دلیل عقلیا،لانحصار ذلک عندهم فی الاستصحاب و البراءه الأصلیه.

۱- ۱) التهذیب ج ۶ ص ۲۰۰.

۲- ۲) التهذیب ج ۶ ص ۲۰۰.

۳- ۳) التهذیب ج ۶ ص ۲۰۱.

۴- ۴) التهذیب ج ۶ ص ۲۰۱.

على أن قوله و تكليف المقترض بغير الأجود منفى بالأصل،معارض بأن مقتضى القواعد أن التكليف انما يقع بما استقر فى الذمه،و جواز الزائد على ذلك انما خرج هنا مخرج الرخصه،فالأصل ان أريد به بمعنى القاعده،فالدليل مقلوب عليه، كما عرفت،و غير هذا المعنى لا وجه لاحتماله هنا،و بالجمله فإن الكلام المذكور لا يخلو عن مجازفه و قصور و الله العالم.

الموضع الثالث [فى أن القرض يملك بالقبض]

المشهور بين الأصحاب(رضوان الله عليهم)أن القرض يملك بالقبض، و كثير منهم لم يذكر خلافا فى ذلك،و قيل:بأنه يملك بالتصرف،و نقل عن الشهيد (رحمه الله عليه)فى بعض حواشيه أنه نسب هذا القول الى الشيخ،و فى الدروس نسب القول المشهور الى الشيخ،و حكى الأخر بلفظ قيل.

احتجوا للقول المشهور بأن التصرف فرع الملك و تابع له،فيمتنع كونه شرطا فيه،و الا لزم الدور.و توجيهه أن التصرف فيه لا يجوز حتى يصير ملكا،لقبح التصرف فى مال الغير،فلو كان لا يصير ملكا حتى يتصرف فيه للزم توقف التصرف على الملك،و الملك على التصرف و هو دور.

و رد بمنع تبعيه التصرف للملك،و عدم تسليم قولكم أن التصرف لا يجوز حتى يصير ملكا،فإنه يكفى فى جواز التصرف اذن المالك،كما فى غيره من المأذونات،و لا شك فى حصول الإذن بالإيجاب و القبول،فيكون ذلك سببا تاما فى جواز التصرف،و ناقصا بالنسبه إلى إفاده الملك،فإذا تصرف حصل تمام الملك،كذا ذكره فى المسالك.

و أورد عليه المحقق الأردبيلى(رحمه الله عليه)بأن الاذن انما حصل من المالك بأن يكون مالكا و يكون عليه العوض لا مطلقا،كما فى سائر المعاوضات فإنها على تقدير بطلانها لا يجوز التصرف بأن الإذن قد حصل،و لانه يشكل جميع التصرفات،لأن الوطى مثلا لا يمكن الا بالملك أو التحليل،و معلوم عدم الثانى،فإذا لم يكن

الأول لم يجز،و كذا البيع و نحوه،فإنه لا يجوز لغير مالكه إلا بالوكاله،أو فضولا ان جوز،و معلوم انتفاؤهما انتهى (۱)و هو جيد.

ثم انه فى المسالک ایضا قال-على أثر الكلام المتقـدم:ثم انه ان کان التصـرف غير ناقل للملک و اکتفینا به،فالأمر واضـح،و ان کان ناقلا أفاد الملک الضـمنى قبل التصـرف بلحظه یسـیره،کما فى العبد المأمور بعتقه عن الآمر غير المالک.و نقل فى الدروس أن هذا القائل يجعل التصرف كاشفا عن الملک مطلقا،و على هذا فلا اشكال من هذا الوجه بالنسبه إلى التصرف الناقل انتهى.

و اعترضه أيضا المحقق المتقدم ذکره هنا فقال:على أثر الكلام المتقدم- و لا يجعل حصول الملک قبل التصـرف بلحظه کما فى العبـد المـأمور بعتقه للضـروره، إذ لاـ ضـروره هنا،مع أن فیه ما فیه،لانه لیس بواضـح،و لا موجب له،و لهـذا ترک المحقق الثانی ذلک التأويل.

و فيه أيضا و قال:نقول:ان هذا العبد ملک للمأمور بالدليل الشرعى،و بما نصرف فيه و موجبه و لا يضر ذلک انتهى.

ثم انه قـال فى المسالک ایضا:و يؤيـد هـذا القول أصاله بقاء الملک على أصـله الى أن يثبت المزيل،و ان هـذا العقـد ليس تبرعا محضا،إذ يجب فيه البـدل،و ليس على طريق المعاوضات،فيكون كالإباحه بشـرط العوض،و لا يتحقق الملک معه الا مع اسـتقرار بدله،و كالمعاطاه،و مع ذلک كله فالعمل على المشهور،بل لا يكاد يتحقق الخلاف انتهى.

۱- ۱) أقول:معنى کلامه(قـدس سـره)حيث أن عبارته لا يخلو من تعقيـد أن الاذن انما حصل من المالک الذى هو المقرض بأن يكون القرض ملكـا للمقترض،و عليه عوضه،فالإـذن انمـا حصـل بهـذا النحو کمـا فى سائر المعاوضات،و لا ريب أن هـذا القائل يـدعى بطلاـن المعـاوضه مـا لم يتصـرف المقترض فى القرض،و حينئـذ فـإذا كانت المعاوضه باطله لا يمكن أن يقال بأنه يجوز التصرف بأصل الإذن بأنه قد حصل، و إلا لزم مثله فى غيره من المعاوضات الباطله،و هو معلوم البطلان منه رحمه الله.

و ظاهر کلامه(قدس سره)هو ان الأقوی بحسب القواعد المقرره بینهم هو هذا القول،لعدم تمامیه الدلیل الذی احتج به للقول المشهور بناء علی ما قرره،و تأید هذا القول بما ذکره من هذه الأمور،و أنه انما صار الی القول المشهور من حیث الشهره،بل عدم تحقق المخالف فی ذلک.

أقول و علی هذا النهج کلام غیره فی هذا المقام من علمائنا الاعلام،و العجب منهم(قدس الله أرواحهم و نور أشباحهم)فی الرکون الی هذه التعلیلات.و ما أکثروا فیها من التطویلات،و أخبار أهل البیت علیهم السلام ظاهره فی القول المشهور أتم الظهور، بل هی کالنور علی الطور و منها

صحیحه زراره (۱)قال:

«قلت لأبی جعفر(ع):رجل دفع الی رجل مالا قرضا علی من زکاته علی المقرض أو علی المقترض؟قال:لا بل زکاتها ان کانت موضوعه عنده حولا علی المقترض،قال:قلت:فلیس علی المقرض زکاتها قال:لا یزکی المال من وجهین فی عام واحد،و لیس علی الدافع شیء،لأنه لیس فی یده شیء،إنما المال فی ید الآخذ،فمن کان المال فی یده زکاه،قال:

قلت:أ فیزکی مال غیره من ماله؟قال:انه ماله ما دام فی یده،و لیس ذلک المال لأحد غیره،ثم قال:یا زراره أ رأیت وضیعه ذلک المال أو ربحه لمن هو و علی من هو؟قلت:للمقترض،قال:فله الفضل و علیه النقصان،و له أن ینکح و یلبس منه و یأکل منه،و لا ینبغی له أن یزکیه فإنه علیه جمیعا».

فانظر إلی صراحه هذا الخبر المذکور فی الدلاله علی القول المشهر بأوضح دلاله،لا یقترنها شائبه القصور،و یؤیده غیره من الاخبار الداله علی وجوب الزکاه علی المقترض،و ان لم تکن بهذه الصراحه.

و بذلک یظهر لک ان ما قدمنا نقله عنهم کله من قبیل التطویل بغیر طائل، و التردید الذی لا یرجع الی حاصل،و لا سیما دعوی قوه هذا القول النادر،و انما

۱- ۱) الکافی ج ۳ ص ۵۲۰ و لیس فی الکافی کلمه جمیعا.

أطلنـا الكلام بنقله لتحيط علما بالحال،و أنه لا ينبغى الاقتصار على مراجعه كلامهم بـدون الرجوع الى كتب الاخبار،فكم لهم من غفله مثل ما عرفت فى هـذا المضـمار، و لما فى ذلك أيضا من مزيـد الفائـده فى تشـحيذ الـذهن بممارسه هذه التحقيقات، و ما يترتب عليها من الفوائد فى أمثال هذه المقامات.

ثم انه بناء على ما ذكروه من الخلاف فرعوا عليه بأن يظهر فائده الخلاف فى مواضع،منها جواز الرجوع فى العين ما دامت باقيه،و وجوب قبولهـا لو ردهـا المقترض،و فى النمـاء قبل التصـرف،و فى نفقته لو كان حيوانا،و فى وقت انعتاقه لو كان ممن ينعتق على المقترض.

أقول:و من أظهر ذلك أيضا الزكاه الا أنهم لم يذكروها،ثم انه على تقدير القول المذكور فالمراد بالتصرف الذى يوجب الملك هـل هو التلف للعين أو الناقل للملك،أو مطلق التصرف و ان لم يزل الملك،أو كل تصـرف يسـتدعى الملك؟فلا يكفى الرهن احتمالات،و حيث قـد عرفت ضـعف القول المذكور بما ذكرنا من الصـحيحه الصـريحه الداله على القول المشـهور،فلا فائده فى التطويل بما يتعلق به زياده على ما ذكرنا للفرض المتقدم ذكره.

الموضع الرابع [فى جواز الرجوع فى العين ما دامت باقيه]

قـد عرفت فيمـا نقـدم أن من جمله مـا جعلوه مظهرا للخلاـف المتقـدم هو جواز الرجوع فى العين مـا دامت باقيه على القول الغير المشـهور،لأنها لم يخرج عن ملك المقرض،و عدم الجواز بناء على المشـهور،حيث أن المسـتقرض ملكها بالعقد و القبض، و لم يبـق للمقرض إلاـ عوضـها من القيمه أو المثـل،فليس له الرجـوع فيهـا،الاـ أنه يظهر من جمله منهم تفرع ذلـك أيضـا على القول المشهور من الملك بمجرد القبض،فإن القائلين بهذا القول اختلفوا فى ذلك،فقال الشيخ فى المبسوط و الخلاف:يجوز للمقرض أن يرجع فى عين القرض.

و قال ابن إدريس:ليس له ذلك الا برضا المقرض،و هو مذهب العلامه و المحقق و من تأخر عنهما،و استدلوا عليه بأنه ملكه بالقرض و القبض،فلا يتسلط المالك على أخذه منه لانتقال حقه الى المثل أو القيمه.

احتج الشيخ(رحمه الله عليه)بأنه كالهبه فى جواز الرجوع فيها،و أجيب بالمنع من المساواه بين المسألتين،و توضيحه أنه قد ثبت ملك المستقرض للعين بالقرض و القبض،و أن اللازم للمقرض فى الذمه إنما هو المثل أو القيمه،و ثبوت التخيير فى الرجوع فى الهبه بدليل خارج لا يستلزم انسحابه الى ما لا دليل فيه.

و عندى فيه إشكال،فإن المفهوم من كلامهم و قواعدهم أن الفسخ موجب لرجوع كل شىء إلى أصله،لأن معناه إبطال أثر العقد السابق الذى رتبه الشارع عليه قبل العقد،و هو هنا كونه ملكا للمقترض،فإذا لم تخرج العين الموجوده بالفسخ عن ملك المقترض و أن الذى للمقرض انما هو المثل أو القيمه فهذا مقتضى العقد أولا،فأى أثر لهذا الفسخ يترتب عليه.

و بما ذكرناه يشكل ما ذكره المتأخرون من ابن إدريس و من تبعه من أن القرض عقد جائز يجوز فسخه من الطرفين،ثم يدعون بعد الفسخ أنه ليس له الرجوع الى العين،و انما يرجع بالمثل أو القيمه،و كذا عدم وجوب قبوله مع رد المقترض له على مالكه،مع أن هذا هو مقتضى أصل العقد كما عرفت،فأى أثر ظهر هنا للفسخ.

و بما ذكرنا يظهر لك أيضا ما فى كلام شيخنا الشهيد الثانى-فى الاستدلال للقول المشهور-حيث قال:و يمكن الاحتجاج للمشهور بناء على الملك بالقبض بأن الأصل فى ملك الإنسان ان لا يتسلط عليه غيره الا برضاه،و الثابت بالعقد و القبض للمقرض انما هو البدل،فيستصحب الحكم الى أن يثبت المزيل،و لأسند له يعتد به الا كون العقد جائزا يوجب فسخه ذلك.

و فيه منع ثبوت جوازه بالمعنى الذى يدعيه،إذ لا دليل عليه،و ما أطلقوه من كونه جائزا لا يعنون ذلك،لانه قد عبر به من ينكر هذا المعنى و هو الأكثر،و انما

يريــدون بجوازه تسـلط المقرض على أخــذ البــدل إذا طالب بـه مـتى شـاء،و إذا أرادوا بـالجواز هـذا المعنى فلاـ مشـاحه فى الاصـطلاح،و ان كان مغايرا لغيره من العقود الجائزه من هـذا الوجه،و حينئـذ فلا اتفاق على جوازه بمعنى يثبت به المـدعى،إذ لا دليل صالحا على ثبوت الجواز له بذلك المعنى المشـهور،فيبقى للملك و ما ثبت فى الذمه حكمها الى ان ثبت خلافه و هذا هو الوجه انتهى (١).

و فيه أنك قـد عرفت بما ذكرنا أن الاستصـحاب-الذى أعتمده فى بقاء الحكم الأول و هو الذى أشار إليه فى آخر كلامه فيبقى للملك الى آخره-قـد ارتفع و زال بالفسـخ،سواء فسـر به الجواز أم لا و الا لم يكن لهذا الفسخ أثر بالكليه،و المعلوم من القواعد الشرعيه خلافه.

ص :١٢٨

١- ١) أقول:و التحقيق أن يقـال ان قلنـا بأن القرض من العقود الجائزه-كما هو المشـهور بينهم-فإنه برجوع المالك فى العين مع وجوده له أخـذها،لأنهـا و ان كـانت قـد صارت ملكا للمقترض،الا أنه ملك متزلزل مراعى بعـدم مطالبه المالك بالعين ما دامت موجوده،و حينئذ فيكون مثل الهبه على بعض الوجوه،و كالبيع فى زمن الخيار،لان الفرض ان العقد جائز غير لازم،و قضـيه جوازه ذلك. و أما حكم الأكثر بجوازه مع المنع من الرجوع فى العين،و انما يرجع بالعوض الـذى فى الـذمه،فإنه يرد عليهم أن هذا مما يوجب كون العقـد لازمـا لاـ جائزا، و ان قلنا بلزومه كما هو ظاهر الأدله التى ذكرناها فى الأصل،فإنه برجوعه ليس له الا العوض الـذى فى الـذمه،لأـن العين قـد انتقلت منه بالعقـد الى المقـترض و خرجت عن ملكه،فصـار حقه العـوض،فلو طـالبت فإنمـا حقه بالعوض. و فسـخه العقـد على هـذه الكيفيه إنما يوجب العوض،أما لو حصل التفاسـخ من الطرفين و الإقاله من الجانبين فالواجب دفع العين مع وجودهـا،و الا فالعوض، لانه لا فرق بينه و بين سائر العقود اللازمه من بيع و غيره،فكما أنه متى تفاسـخ المتبايعان و حصـلت الإقـاله من عقـد البيع فإنه يرجع كل عوض الى مالكه مع وجوده و الا فعوضه من مثل أو قيمه،فكـذلك هنا و الله العالم منه رحمه الله.

فالتحقیق أن کلامه(قدس سره)فی هذا المقام یرجع الی القول باللزوم، و ان تستر عنه بما هو أوهن من بیت العنکبوت،و ذلک فان مظهر الجواز و اللزوم هنا انما هو بالنسبه الی مال المقرض،فان قلنا بکون عقد القرض من العقود الجائزه، ترتب علیه صحه الرجوع مع وجود العین،و ان قلنا أنه من العقود اللازمه فلیس له الا العوض المستقر فی الذمه و ان کانت العین موجوده.

و ما تستر به من تسمیته جائزا باعتبار استحقاق العوض الذی فی الذمه فیرجع الیه کلام قشری،فإن ذلک ثابت بأصل العقد،سواء سمی جائزا أو لازما،و مجرد التسمیه بذلک من غیر ثمره ترتب علیها لا معنی له،و بالجمله فإن المستفاد من الصحیحه المتقدمه فی سابق هذا الموضع هو حصول الملک بالقبض،و مقتضاه أن الثابت فی الذمه انما هو العوض من قیمه أو مثل،و أما أنه بعد رجوع المالک فیما دفعه مع وجود عینه هل له العین أو العوض؟فلم أقف فیه علی نص.

و الموافق لقواعدهم من أن القرض عقد جائز-و أنه ینفسخ بالفسخ من الطرفین، أو أحدهما،و أن الفسخ یوجب رد کل شیء إلی أصله،لأنه یرجع الی إبطال العقد السابق-هو ما ذکره الشیخ من الرجوع الی العین مع وجودها،و الا فالعوض (۱)الا أن أکثرهم کما عرفت علی خلافه،من أنه انما یرجع الی العوض و ان کانت العین موجوده،و لا مخرج من ذلک الا بالقول بأن العقد لازم،و انه بالفسخ یرجع الی العوض الذی فی الذمه،کما نبه علیه شیخنا المشار الیه آنفا،مع أنهم لا یقولون

۱- ۱) حیث قال فی الاحتجاج للشیخ(رحمه الله علیه)و یمکن تعلیله أیضا بالاتفاق علی أن عقد القرض جائز،و من شأن العقد الجائز أن من اختار فسخه رجع الی عین ماله،لا الی عوضه،کالهبه و البیع بالخیار،فلو جاز فسخ القرض من دون أخذ العین لأدی إلی لزومه،و مقتضی فسخ العقد الجائز ان یرجع کل منهما الی عوصه مع بقائه،و الی بدله مع تلفه،و خروج هذا العقد عن هذا الحکم مع جوازه لا وجه له،و أما رجوعه بالعوض الذی ثبت فی ذمه المقترض بالقبض فالحق فیه أنه انما یناسب لزوم المعاوضه لا جوازها ایضا انتهی منه رحمه الله.

باللزوم.

و كيف كان فإن المسأله لعدم النص مع تدافع كلامهم فى المقام محل اشكال و الله العالم.

الموضع الخامس [فی أن القرض من العقود الجائزه] :

قـد عرفت ان المشـهور ان القرض من العقود الجـائزه التى يجوز الرجوع فيهـا من الطرفين بل ادعى عليه الإجماع،و على هـذا فلو شرط التأجيل فيه لم يلزم،و بذلك صرحوا أيضا،و كذا كل شرط سائغ،و ان كان يستحب الوفاء بذلك،و عللوا الأول بأن القرض تـبرع،و المتبرع به ينبغى له الخيـار فى تـبرعه مـتى أراد الرجـوع إليه فى المجلس أو غيره،الاـ أن يشـترط التأجيـل فى عقـد آخر لازم،أما فى نفس عقد القرض فلا،لأنه جائز فلا يلزم ما شرط فيه،حيث أن الشرط جزء من العقد يتبعه فى لزومه و جوازه.

و يظهر من المحـدث الكاشانى فى المفاتيـح القول بلزوم العقـد المـذكور، و لزوم التأجيل متى اشترط فى العقد،و هو الظاهر من الأدله الشرعيه كما ستقف عليه.

و الى ذلک أيضا يميل كلام المحقق الأردبيلى(رحمه الله)و ظاهر الفاضل الخراسانى الميل الى ذلک ايضا.

و الـذى وقفت عليه من الأدله الشـرعيه فى المقام مما يدخل فى سـلک هذا النظام قوله عز و جل (۱)«إِذا تَدايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ» و هى شامله للسلم و النسيه و القرض،و نحوها من الديون

و روايه الحسين بن سعيد (۲)قال:

« عن رجل أقرض رجلا دراهم إلى أجل مسمى ثم مات المستقرض أ يحل مال القارض بعد موت المستقرض منه؟أم لورثته من الأجل ما للمستقرض فى حياته فقال:إذا مات فقد حل مال القارض».

۱- ۱) سوره البقره الآيه-۲۸۹.

۲- ۲) الوسائل الباب-۱۲-من أبواب الدين الرقم-۲.

و التقريب فيها من وجهين أحدهما-تقريره عليه السلام للسائل فى أن الأجل لازم فى القرض مطلقا (۱)بل ظاهره كون ذلك فى عقد القرض،و ثانيهما-دلالته بمفهوم الشرط الذى هو حجه عند المحققين،و عليه دلت الاخبار ايضا على صحه التأجيل و روايه ثواب الأعمال المتقدمه فى صدر المقصد (۲)

و قوله عليه السلام

«من أقرض قرضا و ضرب له أجلا»الحديث.

و ما ذكره

الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى (۳)حيث قال

«و روى من أقرض قرضا و لم يرد عليه عند انقضاء الأجل كان له من الثواب فى كل يوم صدقه دينار».

و هذان الخبران-كما ترى كالآيه و الخبر المتقدم-صريحان فى صحه التأجيل فى عقد القرض،و ارتكاب التأويل فيها بأن الأجل قد وقع فى عقد آخر لازم لما يتجشمه من له أدنى فهم و رويه بمعرفه سياق الكلام،و متى ثبت صحه الشرط و لزومه ثبت لزوم أصل العقد لاتفاقهم على أن لزوم الشرط تابع للزوم العقد،و هم انما منعوا من لزوم التأجيل فى عقد القرض بناء على اتفاقهم على جوازه،و حملوا روايه الحسين بن سعيد على الاستحباب تفاريا من طرحها.

و فيه أن الحمل على الاستحباب فرع وجود المعارض،و ليس الا مجرد اتفاقهم المدعى فى المقام مع تأيد الروايه المذكوره بما ذكرنا من عموم الآيه و خبرى ثواب الأعمال و كتاب الفقه و غيرهما مما ستعرف إنشاء الله تعالى.

قال المحدث الكاشانى(قدس سره)بعد نقل نحو ما قدمنا عنهم:«و فيه نظر» مع أنه ينفيه عمومات الوفاء بالعقود،و التزام الشروط،و خصوص (۴)«من مات و قد أقرض إلى أجل يحل»،و أيضا ينافيه قول الأكثر بعدم جواز الارتجاع

۱- ۱) قوله مطلقا اى سواء كان فى عقد آخر لازم أو فى نفس عقد القرض-منه رحمه الله.

۲- ۲) ص ۱۰۹.

۳- ۳) المستدرك ج ۲ ص ۴۹۰.

۴- ۴) التهذيب ج ۶ ص ۱۹۰.

كما مر،الا أن (۱)يقال:المراد بالجواز تسلط المقرض على أخذ البدل متى شاء و فيه أنه لا فرق بينه و بين اللازم حينئذ،غير أنه لا يقع مؤجلا،و فيه كما ترى،مع أن قوله إلى أجل و الحديث المذكور يناديان بخلافه،مضافا الى العمومات فان كان إجماعا و الا فالعمل على الظواهر انتهى.

و هو جيد و أيده المحقق الأردبيلى(عطر الله مرقده)ايضا بما دل على وجوب الوفاء بالوعد،قال فى شرح الإرشاد-بعد أن نقل عنهم الاستدلال على بطلان اشتراط التأجيل فى العقد بالأصل مع عدم موجبه،إذ القول ليس بموجب عندهم و الإجماع:-ما ملخصه و لكن نفهم وجوب الوفاء بالوعد من العقل و النقل، الا أن عدم العلم بالقول به يمنع عن ذلك،و الا كان القول به جيدا كما نقل عن بعض العامه (۲)الى أن قال بعد نقل كلام لهم فى البين:و الظاهر أن دليله الإجماع، و الأصل مع عدم الموجب،كما مر،الا أن ما قلناه مما يدل على وجوب الوفاء بالوعد و العقد مثل «أَوْفُوا» «و لِمَ تَقُولُونَ مٰا لاٰ تَفْعَلُونَ »«و المسلمون عند شروطهم»و غير ذلک يدل على اللزوم،و لو وجد القائل به لكان القول به جيد جدا، و ان لم يكن بعدم الخروج عن قولهم ايضا دليل واضح،إذ الإجماع غير واضح

ص: ۱۳۲

۱- ۱) إشاره الى ما تقدم عن اعتذار شيخنا الشهيد الثانى عن الأكثر تحمل الجواز على هذا المعنى،و فيه ما ذكره مع ما سيأتى فى البحث أيضا إنشاء الله تعالى منه-رحمه الله.

۲- ۲) نقل العلامه فى التذكره عن مالک أن القرض يثبت له الأجل ابتداء و انتهاء بأن يقرضه مؤجلا و يقرضه حالا ثم يؤجله،ثم أجاب عن دليله بأن المؤمنين عند شروطهم لا يدل على الوجوب،فتحمل على الاستحباب. أقول:لا يخفى أنهم فى غير موضع قد استدلوا على وجوب الوفاء بالشرط لهذا الخبر و أفتوا به،و قد عرفت من الاخبار المذكوره فى الأصل،و ظاهر الآيه ما فيه الكفايه الداله على المراد،و لا سيما روايه الحسين بن سعيد-منه-رحمه الله.

و لا دليل غيره،الا أنه يحتاج إلى جرأه انتهى ملخصا.

أقول:لا يخفى أن ما ذكره هنا و كرره من توقف القول-بعد وجود الدليل عليه على قائل بذلك من المتقدمين-ضعيف واه،بل أوهن من بيت العنكبوت و أنه لأوهن البيوت،إذ لا يخفى على الخائض فى الفن و المتدبر لما وقع للأصحاب سيما المتأخرين من الاختلاف،و كثره الأقوال فى المسائل الشرعيه أنهم لم يجروا على هذه القاعده التى ذكرها.

و توضيح ذلك هو أنه لا يخفى أن أول من فتح هذا الباب من التفريع فى الأحكام و كثره الأقوال هو الشيخ و المرتضى(رضى الله عنهما)،و قد نقل بعض الأصحاب انحصار الفتوى فى زمن الشيخ و برهه من الزمان بعده فيه(قدس سره) و لم يبق الا حاك عنه و ناقل حتى انتهت النوبه الى ابن إدريس،ففتح باب الطعن على الشيخ،ثم انتشر الخلاف فى المسائل الشرعيه،و تعددت الأقوال فيها على ما هى عليه الآن،حتى أنك لا تجد حكما من الأحكام الا و قد تعددت فيه أقوالهم بل من الواحد منهم فى كتبه الا الشاذ النادر منها و لو أنهم اتفقوا على كلام الشيخ و المرتضى اللذين هما أول من فتح هذا الباب لما اتسعت الدائره الى هذا التعدد فى الأقوال الموجوده الان،فكيف استجاز هذا المحقق المنع من الفتوى بما قام عليه الدليل،لعدم قائل به من المتقدمين،مع أن من تقدمه من المتأخرين لم يلتزموا به، و لم يقفوا عليه، و لله در شيخنا الشهيد الثانى(طيب الله مرقده)حيث قال فى المسالك فى مسئله«ما لو أوصى له بأبيه فقبل الوصيه»،بعد الطعن فى الإجماع و نعم ما قال:

و بهذا يظهر جواز مخالفه الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين فى كثير من المسائل.

التى ادعوا فيه الإجماع،إذا قام الدليل على ما يقتضى خلافهم،و قد اتفق ذلك لهم كثيرا،و لكن زله المتقدم متسامحه بين الناس دون المتأخر انتهى و هو جيد رشيق كما لا يخفى على من نظر بعين التحقيق.

و بالجمله فإن مقتضی ما ذکرنا من الآیه و الاخبار و المؤیدات المذکوره هو صحه التأجیل فی القرض و لزوم عقده،و لیس لها مقابل یمنع من العمل بها، و یوجب ارتکاب التأویل فیها سوی مجرد دعویهم الاتفاق علی الجواز،و عدم صحه التأجیل حیث أنه لا یصح تأجیل الحال.

قال فی الشرائع:«و لو شرط التأجیل فی القرض لم یلزم،و کذا لو أجل الحال لم یتأجل،و فیه روایه مهجوره یحمل علی الاستحباب»،و أشار بها الی روایه الحسین بن سعید المتقدمه.

و فیه زیاده علی ما عرفت أن ثبوت الحلول له مع إطلاق العقد لا ینافی التأجیل مع اشتراطه،فإن إطلاق عقد البیع یقتضی حلول الثمن الا أن یشترط تأجیله،و بعین ذلک یقال فی القرض،فإنه عقد أوجب انتقال العین المقترضه إلی المقترض و ثبوت عوضها فی ذمته حالا،و لا مانع من اشتراط تأجیله إذا حصل التراضی علیه،و بالجمله ان مجرد کونه حالا لا ینافی التأجیل إذا اشترط.

ثم ان الذی یظهر من شیخنا الشهید الثانی فی المسالک هو لزوم العقد، و لزوم شرط التأجیل،حیث قال فی شرح قول المصنف:«و لو شرط التأجیل فی القرض»الی آخره:و یجیء علی ما قررناه من لزومه علی ذلک الوجه احتمال لزوم هذا الشرط،مضافا الی عموم

قوله صلی الله علیه و آله (۱)

«المؤمنون عند شروطهم». و غیر ذلک مما دل علی لزوم ما شرط فی العقد اللازم،إذ لیس هذا العقد علی حد العقود الجائزه لیقطع فیه بعدم لزوم الشرط،و لا علی حد اللازمه لیلحقه حکمها،و یمکن علی هذا أن یرجع الی عموم الأدله الداله علی لزوم الالتزام بالشرط،و الوفاء بالعقود انتهی.

أقول:أشار بقوله ما قررناه الی ما قدمنا نقله عنه فی سابق هذا الموضع من قوله«و یمکن الاحتجاج للمشهور»الی آخره و قد عرفت ما فیه،و أنه یرجع

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۶۹.

فی الحقیقه إلی القول بلزوم عقد القرض کما اخترناه،وفاقا لمن ذکرناه،و تسمیته له جائزا باعتبار ما ذکره من الرجوع الی العوض الذی فی الذمه کلام شعری لا ثمره له لما عرفت آنفا.

ثم ان قوله«انه لیس علی حد العقود الجائزه و لا اللازمه»لا أعرف له معنی بالنسبه إلی سلب اللزوم عنه،أما سلب الجواز فقد عرفته مما قدمناه من الاخبار، و مما ذکره أیضا،و أما سلب اللزوم فلا أعرف له مستندا الا مجرد دعواهم ذلک،و الا فظواهر الأدله التی قدمناها و المؤیدات التی ذکرناها کلها شاهده باللزوم.

إذا عرفت ذلک فاعلم أن المشهور أنه متی وقع اشتراط تأجیل القرض فی عقد لازم فإنه یصح الشرط المذکور،و انما منعوا من ذلک فی عقد القرض من حیث أن عقد القرض من العقود الجائزه،فلا یلزم الشرط،لانه یتبع فی اللزوم و عدمه،العقد فی لزومه و جوازه،و حیث کان العقد عندهم غیر لازم فکذا ما اشتمل علیه،بخلاف العقد المتفق علی لزومه،کالبیع بأن یبیعه شیئا و یشترط فی متن العقد تأجیل ما یستحقه عنده من القرض أو الدین،و قیل:بالعدم،بل ان اشتراطه فی العقد اللازم یقلب اللازم جائزا.

قال فی الدروس:و لو شرط تأجیله لم یلزم،و لو شرط تأجیله فی عقد لازم قال الفاضل:یلزم تبعا للازم،و یشکل بأن الشرط فی اللازم یجعله جائزا،فکیف ینعکس،و فی روایه الحسین بن سعید«فی من اقترض إلی أجل فمات یحل»و فیها اشعار بجواز التأجیل،فیمکن حملها علی الندب انتهی.

أقول:الحمل علی الندب فرع وجود المعارض،مع أنک عرفت تأید الروایه المذکوره بالآیه و الروایتین المتقدمتین،و غیرهما من المؤیدات المتقدمه الظاهر جمیعه فی جواز التأجیل،فلا التفات الی ما ذکره،و المراد من قولهم أن الشرط الجائز فی العقد اللازم یقلب اللازم جائزا،و جعلوا ذلک قاعده کلیه یعنی أن المشروط علیه لو أخل بالشرط تسلط الأخر علی فسخ العقد المشروط فیه،و فیه أن ذلک هو أحد القولین

فی المسأله کما تقدم ذکره فی المسأله الثانیه من المقام الثانی فی أحکام الخیار (۱)من الفصل الثانی الخیار،و الذی اخترناه ثمه و به صرح جمله من الأصحاب هو أنه یجب الوفاء بالشرط،و یأثم بترکه،و یجبر علی الوفاء به لو امتنع،و لو برفع الأمر إلی الحاکم الشرعی،فإن تعذر تحصیل الشرط من جمیع الوجوه تسلط علی الفسخ ان شاء،و هذا الأمر العارض للعقد لا ینافی لزومه فی أصله،و بذلک یحصل الجمع بین الحقین،و الأدله التی فی البین من الجانبین.

الموضع السادس [کلما یضبط وصفه و قدره یجوز إقراضه] :

اشاره

قد قرروا لما یصح إقراضه ضابطه،و هی کلما یضبط وصفه و قدره،فإنه یجوز إقراضه،فیجوز إقراض الذهب و الفضه وزنا،و الحنطه و الشعیر کیلا و وزنا فلو اقترض شیئا من ذلک من غیر الاعتبار بما یعتبر به لم یفد الملک،و لم یجز له التصرف فیه و ان اعتبره بعد ذلک،و لو تصرف فیه قبل الاعتبار ضمنه،و لا طریق الی التخلص منه الا بالصلح،لکونه مجهولا،و یجوز اقتراض الخبز وزنا بلا اشکال،و کذا یجوز عددا و لا یضر التفاوت الیسیر المتسامح به عاده بین أفراده.

و یظهر من التذکره أنه إجماعی عندنا،و نحوه البیض و الجوز،و شرط فی الدروس فی قرض الخبز عددا عدم التفاوت،و الا اعتبر وزنا،و لعله محمول علی التفاوت الذی لا یتسامح به عاده و عرفا،مع أنه

قد روی الصدوق(عطر الله مرقده) فی الفقیه عن الصباح بن سیابه (۲)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:ان عبد الله بن أبی یعفور أمرنی أن أسألک قال:انا نستقرض الخبز من الجیران فنرد أصغر منه، أو أکبر فقال علیه السلام:نحن نستقرض الجوز الستین و السبعین عددا فیه الصغیره و الکبیره فلا بأس».

و روی

الشیخ عن إسحاق بن عمار (۳)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:استقرض

۱- ۱) ج ۱۹ ص ۶۶.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۱۱۶.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۱۶۲.

الرغیف من الجیران و نأخذ کبیرا و نعطی صغیرا أو نأخذ صغیرا و نعطی کبیرا؟قال:

لا بأس».

و عن غیاث (۱)عن جعفر عن أبیه علیهما السلام قال:

«لا بأس باستقراض الخبز».

و الروایتان الأولتان مصرحتان بالجواز مع التفاوت،فیجب حمل کلامه (قدس سره)علی التفاوت الزائد علی المعتاد،ثم ان الثابت فی الذمه فی المثلی هو المثل،و فی القیمی هو القیمه.

و ضابط الأول هو ما یتساوی أجزاؤه فی القیمه و المنفعه و ان تفاوتت بعض صفاته،بمعنی أن قیمه نصفه تساوی قیمه النصف الأخر،و یقوم مقامها فی المنفعه، و هکذا کل جزء بالنسبه إلی نظیره کالحبوب و الادهان،و الظاهر أن ذلک بناء علی الغالب،و الا فإن الحنطه مثلا قد یتفاوت أفرادها و أوصافها،فإنا نری بعض أفراد الحنطه لیس قیمته کقیمه غیره و هکذا الادهان.

و ضابط الثانی هو ما یختلف أجزاؤه فی القیمه و المنفعه کالحیوان،فالمثلی یجب قبول مثله،و الظاهر أنه یجب قبول عین ماله بالطریق الأولی،لأنه مخیر فی جهات القضاء بین العین و المثل،و ان کان الثابت فی الذمه انما هو المثل،و لو تعذر وجود المثل رجع الی القیمه،و هل هی عباره عن قیمته یوم القرض،أو التعذر، أو المطالبه؟أوجه:اختار فی المسالک منها الأخیر،قال:لانه وقت الانتقال إلی القیمه،لأن الثابت فی الذمه أنما هو المثل الی أن یطالب به.

أقول:الظاهر أنه ینبغی تقیید هذا القول باقتران المطالبه بالتسلیم بمعنی أنه لما طالبه بالمثل و تعذر و سلم إلیه القیمه فی ذلک الوقت،لانحصار الحق فیها، و الا فلو فرضنا أنه طالب و لم یسلم الیه ثم اتفق وجود المثل فالظاهر انحصار الحق فیه،لا فی القیمه،و الظاهر أن مراد هذا القائل ما ذکرناه.

و نقل فی المختلف عن ابن إدریس أنه مع التعذر فالواجب القیمه یوم المطالبه

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۲۳۸.

ثم قال:و الأجود يوم الدفع،ثم احتج على ذلك بأن الثابت فى الذمه المثل،و لا يبرئ الا بالمعاوضه عليه انتهى.و فيه تأييد لما ذكرناه من أن مجرد المطالبه لا يوجب الانتقال إلى القيمه استصحابا لبقاء ما كان ثابتا قبلها الى وقت التسليم،فإنه هو الذى يوجب الانتقال إلى القيمه كما عرفت.

و علل الوجه الأول بسبق علم الله تعالى بتعذر المثل وقت الأداء،فيكون الواجب حينئذ انما هو القيمه يومئذ.و رد بأنه لا منافاه بين وجوب المثل وقت القرض طردا للقاعده الإجماعيه،و الانتقال إلى القيمه عند المطالبه لتعذره.

أقول و يؤيده ان الأحكام الشرعيه لا يناط بعلم الله سبحانه،و لا بالواقع و نفس الأمر،و انما تبتنى على الظاهر من حال المكلف و يسره و عسره،و قدرته و عدم قدرته و علمه و جهله،و نحو ذلك.

و علل الوجه الثانى بأنه وقت الانتقال الى البدل الذى هو القيمه.و رد بأن التعذر بمجرده لا يوجب الانتقال إلى القيمه لعدم وجوب الدفع،و حينئذ فيستصحب الواجب الى أن يجب دفعه بالمطالبه،فحيث لم يوجد وقت المطالبه ينتقل إلى القيمه،و أنت خبير بما فى هذه التعليلات من عدم الصلاحيه لتأسيس الأحكام الشرعيه مع فرض سلامتها من المناقشات،و ان كان القول بالقيمه وقت المطالبه و التسليم أقرب الى الاعتبار،و قد تقدم الكلام فى نظير هذه المسئله،هذا بالنسبه إلى المثلى.

و أما القيمى فالكلام فيه فى موضعين:أحدهما فى بيان ما هو الواجب فى عوضه و فيه أقوال:أحدها-و هو المشهور قيمته مطلقا،لعدم تساوى أجزائه و اختلاف صفاته،فالقيمه فيه أعدل.

و ثانيها-ما أشار إليه فى الشرائع بعد ذكر القول الأول بقوله:«و لو قيل يثبت مثله أيضا كان حسنا»و ظاهره عدم وجود القائل به،و ان كان ظاهر كلامه اختياره، و اعترف فى المسالك بأنه لا قائل به من أصحابنا.

و المراد من هذا القول ضمانه بالمثل مطلقا،لان المثل أقرب الى الحقيقه،

و ربما احتج علیه بأن

النبی صلی الله علیه و آله و سلم (۱)

«أخذ قصعه امرأه کسرت قصعه أخری» (۲). و حکم بضمان عائشه إناء حفصه و طعامها لما کسرته،و ذهب الطعام بمثلهما»قال فی المسالک:و الخبران عامیان،و مع ذلک فهما حکایه حال لا تعم،فلعل الغریم رضی بذلک،و موردهما مطلق الضمان،و عورضا بحکمه صلی الله علیه و آله بالقیمه فی المعتق الشقص انتهی.

و ثالثها المثل الصوری فیما یضبطه الوصف،و هو ما یصح السلم فیه کالحیوان و الثیاب،و ضمان ما لیس کذلک بالقیمه کالجواهر و القسی،اختاره العلامه فی التذکره محتجا علی الأول بأن

النبی صلی الله علیه و آله (۳)

«اقترض بکرا و رد بازلا». و أنه استقرض بکرا و أمر برد مثله.

و أجیب بأن فیه علی تقدیر صحه السند ان مطلق الدفع أعم من الوجوب، و لا شبهه فی جواز ذلک مع التراضی کیف و قد زاده خیرا فیما دفع.

أقول ما ذکره من الخبرین المذکورین لا وجود له فی أخبارنا،بل الظاهر أن ذلک من طریق العامه،و هم کثیرا ما یحتجون الی مثل هذه الاخبار فی موضع الضروره،مع ردهم الأخبار المرویه فی الأصول المعتمده،بزعم أنها ضعیفه باصطلاحهم المحدث،و صوره الروایه العامیه علی ما نقله بعض المحققین

أن النبی صلی الله علیه و آله (۴)

«اقترض قرضا من رجل بکرا فقدمت علیه إبل الصدقه فأمر أبا رافع أن یقتضی الرجل بکره،فرجع أبو رافع و قال:لم أجد فیها الا جملا جبارا رباعیا،فقال:

أعطه إیاه ان خیر الناس أحسنهم قضاء». و مما ذکرنا یظهر أن أظهر الأقوال هو الأول.

الموضع الثانی:أنه علی اعتبار القیمه مطلقا کما هو الأول من الأقوال المتقدمه أو علی بعض الوجوه کما تضمنه القول الثالث،فهل المعتبر قیمته وقت القبض أو وقت القرض؟قولان:اختار أولهما المحقق فی الشرائع،و ثانیهما العلامه فی القواعد.

۱- ۱) سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۶.

۲- ۲) سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۶.

۳- ۳) سنن البیهقی ج ۶ ص ۲۱.

۴- ۴) سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۶.

و علـل الأول بأنه وقت الثبوت فى الـذمه،بناء على ما هو المشـهور من أن القرض يملك بالقبض،و علل الثانى فى شـرح القواعد بذلك ايضا.

و رد بأنه غير واضح،إذ لا انتقال إليها قبل القبض،و يمكن الجمع بين القولين بناء على ما هو الغالب من القبض بعد صيغه القرض من غير فاصـل،أو جعـل القبض قبولاـ بنـاء على الاكتفاء بالقبول الفعلى كما هو الغالب ايضا،فيحمل القرض فى القول الثانى على القبض لعدم تخلفه عنه،بناء على ما هو الغالب من كون القرض مستلزما للقبض.

و الاـ فلو أريـد به مجرد الصـيغه و ان تأخر القبض فبطلانه أظهر من أن يـذكر، لان الملك لا يترتب على مجرد الصـيغه من دون قبض اتفاقا نصا و فتوى،و متى لم يحصل الملك لم يسـتقر القيمه فى الذمه،و يأتى على القول بأنه انما يملك بالتصـرف الانتقال إلى القيمه وقت التصـرف،حيث ان الملـك لاـ ينتقل الا به،و لا اعتبار بالقيمه يوم المطالبه هنا قولا واحـدا،الا على القول بضـمان المثل و تعذره،فيعتبر يوم المطالبه على الوجه الذى قدمنا بيانه و الله العالم.

تذنيبان

الأول [جواز إقراض الجوارى] :

قد صـرح الأصـحاب(رضوان الله عليهم)بجواز إقراض الجوارى، قال فى المسالك لا خلاف فيه،للأصل و الضبط،و جواز السلف فيهن فجاز قرضـهن كالعبيـد،و خالف فى ذلك بعض العامه مع اطباقهم على جواز اقتراض العبيـد، و الجاريه التى لا يحل وطؤها بنسب أو رضـاع أو مصاهره:انتهى.مع أن الشـهيد فى الـدروس نقل عن الشـيخ فى الخلاف و المبسوط انه قال:لا نص لنا و لا فتيا فى إقراض الجوارى و قضيه الأصل الجواز.انتهى.

و الـذى وقفت عليه فى نسـخه كتـاب المبسوط و هى نسـخه صـحيحه مـا هـذه عبـارته لا اعرف نصا لأصـحابنا فى جواز إقراض الجوارى و لا فى المنع،و الأصل جوازه،و عموم الاخبار فى جواز القرض يقتضى جوازه،فلعل العباره المنقوله

فی الدروس صوره ما فی الخلاف أو نقل بالمعنی.

و کیف کان فان کلامه(قدس سره)ظاهر فی أن هذه الشهره التی ادعی فی المسالک انها إجماع انما هی من الشیخ و من تأخر عنه،و اما ما ذکره فی المبسوط من ان عموم الاخبار فی جواز القرض یقتضی الجواز،فلا یخلو من اشکال،إذ غایه ما تدل علیه ترتب تلک الأحکام المذکوره فیها علی القرض،فلا بد أولا من معرفه ما یجوز قرضه و ما لا یجوز،لیحمل علیه ذلک الإطلاق،و ترتب تلک الأحکام و یقضی عنه.

و بالجمله فالمسأله لخلوها عن النص الواضح غیر خالیه عندی من الاشکال سیما مع ما ورد عنهم علیهم السلام فی تأکید الاحتیاط فی الفروج.

ثم ان مقتضی ما ذکروه من جواز اقتراض الجواری انه یملکها بالقبض،کما هو المشهور،فإنه یحل له وطئوها کما یباح له غیره من المنافع،و علی القول الأخر من توقف الملک علی التصرف لا یحل،و لو کان ممن ینعتق علیه ایضا بالملک انعتقت علیه بناء علی ذلک.

ثم انه لو طالب المقرض بحقه بنی الکلام فی ذلک علی ما تقدم من الواجب فی عوض القیمی هل هو القیمه مطلقا،أو ضمان مثله،أو التفصیل.

قال فی المسالک:و أولی بالجواز لو رد العین،لان الانتقال إلی القیمه انما وضع بدلا عن العین،فإذا أمکنت ببذل المقترض کانت أقرب الی الحق من القیمه انتهی.

و لو حملت من المقترض امتنع ردها،و تعینت القیمه أو المثل علی الخلاف المتقدم،و لو ظهر النقص فیها تعینت القیمه أیضا الا ان یتراضیا بالأرش.

الثانی [حکم ما لو ظهر فی العین المقترضه عیب]

-قال فی الدروس لو ظهر فی العین المقترضه عیب فله ردها و لا أرش، و ان أمسکها فعلیه مثلها أو قیمتها معیبه،و هل یجب اعلام المقترض الجاهل بالعیب؟ عندی فیه نظر،من اختلاف الأغراض و حسم ماده النزاع،و من قضیه الأصل.

نعم لو اختلفا فی العیب حلف المقرض مع عدم البینه،و لو تجدد عنده عیب آخر منع من الرد،الا ان یرضی المقرض به مجانا بالأرش،انتهی.

الموضع السابع [فی حکم من أقرض غیره الدراهم فسقطت و جازت غیرها] :

قال الشیخ فی النهایه:من أقرض غیره الدراهم ثم سقطت تلک الدراهم و جازت غیرها لم یکن له علیه الا الدراهم التی أقرضها إیاه أو سعرها بقیمه الوقت الذی أقرضها فیه،و کذا قال ابن البراج،و ابن إدریس.

و قال الصدوق فی المقنع:و ان استقرضت من رجل دراهم ثم سقطت تلک الدراهم و تغیرت فلا یباع بها شیء فلصاحب الدراهم،الدراهم التی تجوز بین الناس.

و قال فی کتاب من لا یحضره الفقیه:کان شیخنا محمد بن الحسن یروی حدیثا«فی أن له الدراهم التی تجوز بین الناس»،عقیب روایه یونس عن الرضا (۱)علیه السلام،«أن له الدراهم الاولی»ثم قال الصدوق:و الحدیثان متفقان غیر مختلفین فمتی کان للرجل علی الرجل دراهم بنقد معروف فلیس له الا ذلک النقد،و متی کان له علی رجل دراهم بوزن معلوم بنقد غیر معروف فإنما له الدراهم التی تجوز بین الناس.

و قال ابن الجنید:من أعطی رجلا له علیه دنانیر عروضا من فلوس،و غیرها أو دراهم فی وقت ثم تغیرت الأسعار حسب المعطی علی الآخر سعر یوم أخذه،لأن ذلک من ماله، فان کان ما أعطاه قرضا فارتفعت الفلوس کان علی المستقرض رد ما أخذه علی من أقرضه لا برأس ماله،و لا قیمته یوم القرض و لا یختار المستقرض الا أن یعطی ما ینفق بین الناس کما أخذ ما ینفق بین الناس.

و قال ابن إدریس فی موضع آخر:من کان له علی انسان دراهم أو دنانیر أو غیرهما من السلع جاز له أن یأخذ مکان ماله من غیر الجنس الذی له علیه بسعر الوقت،فان کانت دراهم و تعامل الناس بغیرها،و أسقط الاولی السلطان فلیس له الا مثل دراهمه الاولی،و لا یلزمه غیرها مما یتعامل الآن به الا بقیمتها من غیر الجنس، لانه لا یجوز بیع الجنس بالجنس متفاضلا.

ص: ۱۴۲

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۱۱۸.

و قال العلامه فی المختلف بعـد نقل هـذه الأقوال:و المعتمـد أن نقول:لصاحب الدراهم من النقد الأول،فإن تعذر فقیمته الآن من غیر الجنس،لنا انها من ذوات الأمثال و حکم المثل ما قلناه.

أقول:و منشأ اختلاف هذه الأقوال اختلاف ظواهر الأخبار المتعلقه بهذه المسأله:

و منها ما رواه

الکلینی و الشیخ(نور الله مرقدیهما)عن یونس (۱)قال:

«کتبت الی أبی الحسن الرضـا علیه السـلام،ان لی علی رجـل ثلاـثه آلاـف درهم،و کـانت تلـک الـدراهم تنفق بین الناس تلک الأیام،و لیست تنفق الیوم،فلی علیه تلک الدراهم بأعیانها أو ما ینفق الیوم بین الناس؟فکتب علیه السلام لک أن تأخذ منه ما ینفق بین الناس، کما أعطیته ما ینفق بین الناس».

و ما رواه

فی التهذیب و الفقیه عن یونس (۲)قال:

«کتبت الی ابی الحسن الرضا علیه السـلام،أنه کان لی علی رجل دراهم و أن السـلطان أسقط تلک الدراهم،و جائت دراهم علی تلک الدراهم الاولی و لها الیوم وضـیعه،فأی شـیء لی علیه؟الاولی التی أسقطها السلطان أو الدراهم التی أجازها السلطان فکتب علیه السلام الدراهم الاولی».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب عن صفوان (۳)فی الصحیح قال:

«سـأله معـاویه بن سـعید عن رجـل اسـتقرض دراهم من رجـل و سـقطت تلک الـدراهم أو تغیرت و لا یباع بها شـیء،أ لصاحب الدراهم الدراهم الأولی أو الجائزه التی تجوز بین الناس؟ قال:فقال:لصاحب الدراهم الدراهم الاولی».

و الشیخ رحمه الله قد جمع بین هذه الاخبار بحمل ما ینفق بین الناس فی الخبر الأول علی معنی قیمه ما کان ینفق أولا و کذلک أول الدراهم الاولی فی الخبرین الأخیرین بقیمه الدراهم الاولی دفعا للتنافی.قال:لانه یجوز ان تسقط الدراهم الأوله حتی لا یکاد یؤخذ،فلا یلزم أخذها و هو لا ینتفع بها و انما له قیمه الدراهم الأوله و لیس له المطالبه بالدراهم التی تکون فی الحال:انتهی.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۵۲ التهذیب ج ۷ ص ۱۱۶.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۱۱۷ و أخرج الأول فی الفقیه ج ۳ ص ۱۱۸.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ١١٧.

و لا يخلو من بعد،لعدم قرينه يونسه بهذا المضاف الذى قدره فى الكلام، بل السياق ظاهر فى أن الجواب وقع على حسب السؤال المتعلق بعين كل من النقد الأول أو الثانى،و ان أجيب فى الخبر الأول بالنقد الثانى،و فى الأخيرين بالنقد الأول.

و اما ما جمع به الصدوق فأبعد،لعدم القرينه المونسه بهذا التفصيل فى شىء من اخبار المسأله،مع انه يرد عليه لزوم الربا فى صوره ما ان كان له عليه بوزن معلوم و نقد غير معروف،فإنه حكم بأخذ الدراهم التى تجوز بين الناس.و ربما أمكن التفاوت بالزياده و النقصان بينها و بين ما فى ذمته،فإنه متى كان له فى ذمته ألف درهم بوزن معلوم من تلك الدراهم الأوله و أخذ عوضها ألف درهم من هذه الأخيره فربما حصل الزياده و النقصان بين الاولى و الثانيه،فيلزم الربا الا ان يحمل كلامه على أخذ الثانيه وزنا ايضا،لكنه خلاف ظاهر كلامه.

و الموافق للقواعد-و هو ظاهر كلام من عدا الصدوق فى المقنع و الفقيه و ابن الجنيد-هو انه ليس له الا الاولى ان وجدت،و الا فقيمتها،لكن من غير ذلك الجنس أو منه مع التساوى حذرا من الربا،لان ذلك حكم المثلى كما تقدم،و تخرج الروايتان الأخيرتان شاهدا على ذلك و يبقى الكلام فى الروايه الاولى و قد عرفت ما فى جمع الشيخ و الصدوق من البعد و العلامه فى المختلف بعد ان احتج بما قدمنا نقله احتج بالخبرين الأخيرين ثم نقل عن الصدوق الاحتجاج بالروايه الاولى و أجاب عنها بضعف السند و أطال فى الطعن به ثم ذكر جواب الشيخ عنها بالحمل على أخذ ما ينفق بين الناس على جهه القيمه عن الدراهم الاولى.

و فيه ان قوله عليه السلام كما أعطيته ما ينفق بين الناس لا يخلو من المنافره لذلك (۱)

ص :۱۴۴

۱- ۱) فان ظاهره انما هو أنك أعطيته ما ينفق بين الناس،فان لك أن تأخذ منه ما ينفق بين الناس،بمعنى أن الاعتبار ليس بذات النقد من حيث هو،و انما اعتباريته من حيث رواجه،و المعامله بين الناس،و به يحصل الاشكال و المخالفه الظاهره بين الروايتين الأخيرتين كما عرفت منه رحمه الله.

و بعض محدثی متأخری المتأخرین (۱)حمل الروایتین الأخیرتین علی القرض،کما صرح به فی روایه صفوان،قال:لئلا یحصل الربا،و حمل الاولی علی مهر الزوجه أو ثمن المبیع،قال:لان المطلق ینصرف إلی الرائج (۲).

و فیه أولا أن ظاهر الروایه الاولی أن ذلک کان قرضا ایضا،حیث قال علیه السلام «کما أعطیته ما ینفق بین الناس»فحملها علی ما ذکره من ثمن المبیع و مهر الزوجه خروج عن حاق لفظها و ظاهر سیاقها.

و ثانیا بأن المبلغ الذی استقر فی الذمه حال البیع انما هو رائج ذلک الوقت لأن الإطلاق ینصرف الیه کما تقدم بیانه،فإذا سقط و لم یتعامل به و ظهرت دراهم

ص: ۱۴۵

۱- ۱) هو المحدث المولی محمد تقی المجلسی فی حواشیه علی کتب الاخبار منه رحمه الله.

۲- ۲) أقول:قال شیخنا الشهید(قدس سره)فی الدروس:لو سقطت المعامله بالدراهم المقترضه فلیس علی المقترض الا مثلها فان تعذر قیمتها من غیر الجنس- حذرا من الربا-وقت الدفع لا-وقت التعذر و لا-وقت القرض خلافا للنهایه. و قال ابن الجنید و الصدوق:علیه ما ینفق بین الناس،و القولان مرویان، الا أن الأول أشهر،و لو سقطت المعامله بعد الشراء فلیس علی المشتری إلا الاولی، و لو تبایعا بعد السقوط و قبل العلم فالأولی. نعم یتخیر المغبون فی فسخ البیع و إمضائه،و هو مؤید لما قلناه فی الأصل بالنسبه إلی القرض،و الی ثمن المبیع،و لم نقف علیه الا بعد ما جری القلم بما أثبتناه فی الأصل. و أثبتناه فی الحاشیه لتأییده لما ذکرناه،و ما ذکره(قدس سره)فی الرجوع الی القیمه،و أنها قیمه وقت الدفع،لا وقت العقد،هو ظاهر عباره العلامه المنقوله فی الأصل أیضا-منه رحمه الله.

آخر فی المعامله رجع حکمه الی حکم القرض،و لم أقف لهم علی کلام هنا فی ثمن المبیع و مهر الزوجه لو کسرت سکه المعامله الأولی-التی انصرف العقد إلیها، و ظهرت سکه أخری-فی أن له الأولی أو الأخیره؟الا أن مقتضی قواعدهم هو ما ذکرناه،من رجوعه بالأخره إلی حکم القرض.

و بالجمله فإن العمل بمقتضی الخبرین الأخیرین هو الأوفق بالقواعد الشرعیه، و یبقی الکلام فی الروایه الاولی و لا یبعد خروجها مخرج التقیه التی فی اختلاف الأحکام الشرعیه أصل کل بلیه،فإن جمیع ما ذکر من المحامل المتقدمه لا یخلو من تعسف و بعد عن ظواهر الأخبار المذکوره کما عرفت،و الاحتیاط فی المسأله یقتضی الرجوع الی الصلح من الطرفین،و أحوط منه الإبراء بعد ذلک من الجانبین و الله العالم بحقائق أحکامه.

المقصد الثانی فی الدین

اشاره

و البحث فیه یقع فی مقامین

[المقام] الأول-فی الدین المطلق

اشاره

،و فیه مسائل.

[المسأله] الأولی [فی أحکام الدین]

-قد صرح جمله من الأصحاب بأنه لو غاب المدین وجب نیه القضاء و العزل عند اماره الموت،و لو آیس منه تصدق به عنه،و ان قطع بموته و انتفاء الوارث کان للإمام علیه السلام.

أقول:و تفصیل هذه الجمله یقع فی مواضع:أحدها-ما ذکروه من وجوب نیه القضاء هو ظاهر جمله من الاخبار من غیر تقیید بالغیبه.

قال شیخنا الشهید الثانی فی المسالک:وجوب نیته القضاء ثابت علی کل من علیه حق،سواء کان ذو الحق غائبا أم حاضرا،لان ذلک من أحکام الإیمان انتهی.

و مقتضی کونه من أحکام الایمان کما ذکره الخروج عنه لو لم ینو،و هو مشکل لعدم الوقوف علی دلیله،الا ان یراد الایمان الکامل،و کان تخصیصهم وجوب النیه بالغائب انه فی المدین الحاضر یجب الدفع الیه عند الطلب،و أما

الغائب فإن النيه تقوم مقام ذلك،الا ان فيه ان مع الحضور قد لا يتمكن من الدفع، فتجب النيه حينئذ متى امكنه ذلك.

و اما الاخبار التى أشرنا إليها فمنها ما رواه

فى الكافى عن عبد الغفار المجازى (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل مات و عليه دين قال:ان كان أتى على يديه من غير فساد لم يؤاخذه الله عز و جل إذا علم بنيته الا من كان لا يريد ان يؤدى عن أمانته فهو بمنزله السارق،و كذلك الزكاه أيضا و كذلك من استحل ان يذهب بمهور النساء».

و ما رواه

فى الفقيه عن أبى خديجه (۲)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

« أيما رجل أتى رجلا فاستقرض منه مالا و فى نيته أن لا يؤديه فذلك اللص العادى».

و ما رواه

فى الكافى عن ابن فضال عن بعض أصحابه (۳)عن ابى عبد الله عليه السلام قال:

«من استدان دينا فلم ينو قضاءه كان بمنزله السارق».

و ما ذكره

الرضا عليه السلام فى كتاب الفقه الرضوى (۴)فى كلام له عليه السلام فى الدين قال:

«فان لم ينو قضاءه فهو سارق،فاتق الله و أد الى من له عليك، و ارفق بمن لك عليه»الخبر.

و يدل على خصوص الغائب

روايه زراره بن أعين (۵)فى الصحيح قال:

« سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه،و لا على ولى له،و لا يدرى بأى أرض هو،قال:لا جناح عليه بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء».

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۹۹.
۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۱۱۲.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۹۹.

۴- ۴) المستدرک ج ۲ ص ۴۸۹.

۵- ۵) التهذیب ج ۶ ص ۱۸۸.

و يؤكد هذه الاخبار ما رواه

فى الكافى عن حمدان بن إبراهيم الهمدانى (۱)رفعه الى بعض الصادقين عليهم السلام قال:

«انى لأحب للرجل أن يكون عليه دين ينوى قضاءه».

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن ابن رباط (۲)قال:

«سمعت أبا عبد الله عليه السلام،يقول:من كان عليه دين ينوى قضائه كان معه من الله عز و جل حافظان يعينانه على الأداء عن أمانته فإن قصرت نيته عن الأداء قصرا عنه من المعونه بقدر ما قصر من نيته».

و ثانيها:ما ذكروه من وجوب العزل عند اماره الموت،و الذى صرح به الشيخ رحمه الله هو الوجوب مطلقا،و ابن إدريس قد منع ذلك.

قال فى السرائر:و قال شيخنا أبو جعفر فى نهايته و من وجب عليه دين و غاب عنه صاحبه غيبه لم يقدر عليها معها وجب عليه أن ينوى قضاءه،و يعزل ماله عن ملكه، و هذا غير واجب،أعنى عزل المال بغير خلاف من المسلمين،فضلا عن طائفتنا انتهى.

و قال فى المسالك:و أما العزل عند الوفاه فظاهر كلامهم خصوصا على ما يظهر من المختلف أنه لا خلاف فيه،و الا لأمكن تطرق القول بعدم الوجوب،لأصاله البراءه مع عدم النص انتهى.

أقول:الذى وقفت عليه فى المختلف هو أنه بعد أن نقل عباره النهايه المتقدمه و كلام ابن إدريس قال:ليس عندى بعيدا من الصواب حمل قول الشيخ على من حضرته الوفاه،أو حمل العزل على استبقاء ما يساوى الدين بمعنى أنه يجوز له التصرف فى جميع أمواله بالصدقه و غيرها الا ما يساوى الدين،فإنه يجب عليه إبقاءه للايفاء انتهى.

و فى فهم عدم الخلاف من هذه العباره نظر،إذ لعل ذلك بالنسبه الى ما يرجحه

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۹۳.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۹۵ التهذيب ج ۶ ص ۱۸۵.

و يختاره فی المسأله.

و کیف کان فأصاله العدم مع عدم ورود نص فی المقام أقوی مستمسک، قال المحقق الأردبیلی(قدس سره):و أما وجوب العزل فذکروه ایضا،و دلیله غیر ظاهر،الا ما یتخیل أنه غایه ما یمکن و أنه أقرب الی الوفاء،و بعید عن تصرف الغیر،و لکن تمسک الأصحاب بمثل هذا مشکل،الا أن یکون إجماع و نحوه، و یشکل أیضا تعینه بذلک بحیث لو تلف یکون من مال الغریم من غیر ضمان الا مع التفریط و التقصیر،و القول به بعید انتهی و هو جید.

نعم یمکن القول بوجوب الوصیه به کما ذکره بعض الأصحاب أیضا لأنه مع ترک الوصیه ربما أدی الی فواته،و بقاء ذمته مشغوله بالدین،لعدم علم الورثه، بل ظاهر جمله من الأصحاب القول بوجوب الوصیه مطلقا بما له و علیه،و یدل علیه جمله من الاخبار الآتیه فی محلها إنشاء الله تعالی و الله العالم.

و ثالثها:الصدقه به عنه،قال العلامه فی المختلف:إذا غاب المالک غیبه منقطعه و مات و لم یعرف له وارث قال الشیخ فی النهایه:یجتهد المدیون فی طلب الوارث، و ان لم یظفر به تصدق عنه،و تبعه ابن البراج،و قال ابن إدریس:یدفعه الی الحاکم إذا لم یعلم له وارثا،فان قطع أنه لا وارث له کان لإمام المسلمین لأن الإمام یستحق میراث من لا وارث له.

و المعتمد أن نقول:ان لم یعلم انتفاء الوارث وجب حفظه،فان آیس من وجوده و الظفر به أمکن أن یتصدی به،و ینوی القضاء عند الظفر بالوارث،و ان علم انتفاء الوارث کان للإمام.

أما الأول فلأنه مال معصوم یجب حفظه علی مالکه،کغیره من الأموال و مع الیأس من الظفر بالوارث،و عدم العلم به یمکن التصدق به،لئلا یعطل المال إذ لا یجوز له التصرف فیه،و لا یمکن إیصاله إلی مستحقه فأشبه اللقطه فحکمه،ان الحکم المنوط بها حکم اللقطه موجود هنا،فیثبت الحکم عملا بوجود المقتضی.

و أما الثانی فلأن له میراث من لا وارث له،فیکون للإمام(علیه السلام)

انتهی.

و قال شیخنا الشهید الثانی(نور الله تعالی مرقده)فی المسالک بعد أن ذکر الاجتهاد فی طلبه:فان آیس منه قال الشیخ«رحمه الله علیه»:یتصدق عنه،و تبعه علیه جماعه من الأصحاب و توقف المصنف هنا،و العلامه فی کثیر من کتبه لعدم النص علی الصدقه و من ثم ذهب ابن إدریس الی عدم جوازها،لأنها تصرف فی مال الغیر غیر مأذون فیه شرعا،و لا شبهه فی جوازه،انما الکلام فی تعینه،و وجه الصدقه أنها إحسان محض بالنسبه إلی المالک،لأنه ان ظهر ضمن له عوضها أن لم یرض بها،و الا فالصدقه أنفع له من بقائها المعرض لتلفها بغیر تفریط،المؤدی إلی سقوط حقه،و قد قال الله تعالی (1)«مٰا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ» .

خصوصا ورود الأمر بالصدقه فی نظائره کثیره،و حینئذ فالعمل بهذا القول أجود،خصوصا مع تعذر قبض الحاکم لها،أما معه فهو أحوط،و حیث یمکن مراجعته فهو اولی من الصدقه بغیر اذنه،و ان کان جائزا لأنه أبصر بمواقعها و مصرفها انتهی.

أقول:هذه جمله من کلماتهم فی المقام أطلنا بنقلها لتحیط خبرا بالأقوال فی المسأله و التعلیلات التی اعتمدوها أدله لما صار کل منهم الیه،و ظاهرهم بل صریح عباره المسالک عدم وجود نص فی المسأله،مع أن النصوص موجوده، و ان کانت لا تخلو عن تناف بحسب الظاهر.

و الذی وقفت علیه منها ما تقدم من صحیح زراره (2)«الدال علی أنه لا جناح علیه بعد أن یعلم الله منه أن نیته الأداء».

قال العلامه فی التذکره بعد نقله أنه یدل من حیث المفهوم علی منع التصدق و وجوب الطلب دائما:و لا یخفی ما فیه لان الطلب مع الیأس و عدم إمکان الوجدان عبث لا یحسن أن یأمر به علیه السلام فیمکن حمله علی عدم الیأس،و الأظهر عندی أن الغرض

1- 1) سوره التوبه الآیه-91.

2- 2) التهذیب ج 6 ص 188.

من السؤال انما هو أنه هل يؤاخذ لشغل الذمه على هذه الحال أم لا؟فأخبره بأنه لا جناح عليه إذا علم الله سبحانه من نيته الأداء.

و منها ما رواه

المشايخ الثلاثه(نور الله تعالى مراقدهم)بأسانيدهم و فيها الصحيح عن معاويه بن وهب (۱)

«عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل كان له على رجل حق ففقده و لا يدرى أين يطلبه،و لا يدرى أ حى هو أم ميت،و لا يعرف له وارثا و لا نسبا و لا ولدا،قال:أطلب قال:ان ذلک قد طال،فأتصدق به؟قال:أطلبه».

قال:فى الفقيه و قد روى فى هذا خبر آخر

«ان لم تجد له وارثا و علم الله منک الجهد فتصدق به».

أقول:ربما أشعر ظاهر هذا الخبر أيضا بوجوب الطلب دائما،و لو مع اليأس،و فيه ما عرفت آنفا،و الواجب حمله على إمكان الوجود و عدم اليأس،أو الاستحباب و التخيير جمعا بينه و بين ما يأتى،و منه المرسله المذکوره،و هذا المرسله ظاهره فيما ذهب الى الشيخ،و من تبعه من وجوب الصدقه.

و منها ما رواه

فى الکافى و التهذيب عن(نصر بن)حبيب (۲)صاحب الخان قال:

«کتبت الى عبد صالح عليه السلام قال:قد وقعت عندى مائتا درهم(و أربعه دراهم)، و انا صاحب فندق فمات صاحبها،و لم أعرف له ورثه فرأيک فى إعلامى حالها، و ما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعا؟فکتب أعمل فيها و أخرجها صدقه قليلا قليلا حتى تخرج».

قال فى الاستبصار (۳):«إنما له أن يتصدق بها إذا ضمن لصاحبها أو أنها للإمام،فأمره أن يتصدق عنه».

أقول:الظاهر بعد الاحتمال الثانى،لأن عدم معرفته الورثه لا يدل على العدم، سيما أنه لم يطلب و لم يفحص،و کون ذلک للإمام مشروط بالعلم بعدم الوارث کما لا يخفى،و به يظهر أن هذا الخبر دليل على قول الشيخ و من تبعه،و أن ما ذکره

۱- ۱) الفقيه ج ۴ ص ۲۴۱ التهذيب ج ۶ ص ۱۸۸.

۲- ۲) التهذيب ج ۹ ص ۳۸۹ و فيه عن فيض بن حبيب.

۳- ۳) الاستبصار ج ۴ ص ۱۹۷.

الأصحاب من عدم النص علی ذلک غفله عن الوقوف علیه و علی أمثاله.

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن الهیثم ابن أبی روح صاحب الخان (۱).

قال:

«کتبت الی عبد صالح علیه السلام أنی أتقبل الفنادق فینزل عندی الرجل فیموت فجأه و لا أعرفه و لا أعرف بلاده،و لا ورثته فیبقی المال عندی کیف أصنع به؟و لمن ذلک المال؟فقال:اترکه علی حاله». و ظاهر هذا الخبر بقاؤه أمانه عنده حتی یظهر له طالب.

و عن هشام بن سالم (۲)قال:

«سأل«خطاب الأعور»أبا إبراهیم علیه السلام و أنا جالس،فقال:انه کان عند أبی أجیر یعمل عنده بالأجر ففقدناه،و بقی من أجره شیء و لا نعرف له وارثا قال:فاطلبوه قال:قد طلبناه و لم نجده،فقال:مساکین و حرک یدیه،قال:فأعاد علیه قال:اطلب و اجهد فإن قدرت علیه،و الا هو کسبیل مالک حتی یجیء له طالب،فان حدث بک حدث فأوص به ان جاء له أن یدفع الیه».

قال المحدث الکاشانی:فی ذیل هذا الحدیث«مساکین»یعنی أنتم مساکین حیث ابتلیتم بهذا،أو حیث لم تعرفوا أنه لمن هو فإنه للإمام علیه السلام،فکأنه علیه السلام،لم یر المصلحه فی الإفصاح بذلک،و یؤید هذا المعنی ما یأتی فی باب من مات و لیس له وارث،أو فقد وارثه من کتاب الجنائز من الاخبار،و یحتمل أن یکون المراد بقوله «مساکین»یدفع الی المساکین أو رأیک أن تدفع الی المساکین علی سبیل الاخبار أو الاستفهام کما یدل علیه الخبران الإتیان انتهی.

أقول:الظاهر عندی بعد ما ذکره من الاحتمالین،فان عجز الخبر ینادی بصریحه أنه بعد مراجعه السائل أمره أنه یکون عنده فی ذمته حتی یجیء طالبه،و هو أحد الوجوه فی المسأله کما سیأتی إیضاحه إنشاء الله تعالی،و حینئذ فالمراد بقوله مساکین انما هو الترحم لهم لأجل ابتلائهم بذلک کما هو المعنی الأول الذی ذکره.

۱- ۱) الکافی ج ۷ ص ۱۵۴ التهذیب ج ۹ ص ۳۸۹.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۳۸۹ و فیه(حفص الأعور).

و ما رواه

فی التهذیب عن هشام بن سالم (۱)فی الموثق قال:

«سأل حفص الأعور أبا عبد الله علیه السلام،و أنا عنده جالس،فقال:أنه کان لأبی أجیر کان یقوم فی رحاه و له عندنا دراهم،و لیس له وارث،فقال أبو عبد الله علیه السلام:تدفع الی المساکین، ثم قال:رأیک فیها،ثم أعاد علیه المسأله فقال له:مثل ذلک فأعاد علیه المسأله ثالثه، فقال أبو عبد الله علیه السلام:تطلب له وارثا،فان وجدت له وارثا،و الا فهو کسبیل مالک،ثم قال:ما عسی أن نصنع بها،ثم قال:توصی بها فان جاء طالبها و الا فهی کسبیل مالک».

أقول:قوله«و لیس له وارث»یعنی باعتبار علمنا،و الا فلو کان عدم الوارث معلوما کان من الأنفال،و لم یتجه الجواب هنا بما ذکره علیه السلام،ثم أن الخبر قد تضمن أولا جوابه علیه السلام بالدفع الی المساکین،یعنی الصدقه به کما دل علیه الخبران المتقدمان، فیکون مؤیدا لقول الشیخ و من تبعه،ثم انه بعد مراجعه السائل ثانیا أجابه بذلک ایضا،و بعد المراجعه ثالثا أجابه بأنه بعد طلب الوارث و عدم وجوده یکون کسبیل ماله.

و الظاهر أن المراد بذلک الکنایه عن جواز التصرف فیه،و التملک له بشرط الرد ان ظهر طالب،و الوصیه بذلک عند الموت،کما دل علیه هذا الخبر،و خبر خطاب الأعور المتقدم،و حینئذ فیجب حمل الخبر علی التخییر بین الأمرین المذکورین کما یجمع به بین الاخبار المتقدمه،فإن بعضا منها دل علی الصدقه،و بعضا علی أنه کسبیل ماله،و ربما أشعر هذا الخبر بأن الأفضل هو الصدقه،و ان جاز التملک مع الضمان،حیث أنه علیه السلام،انما سوغ له الثانی بعد المراجعه ثلاثا،و لعل قصد السائل فی هذه المراجعات مع أمره له بالصدقه أولا و ثانیا هو أنه قد سمع جواز التملک مع الضمان،و کان رغبته فی ذلک فجوزه علیه السلام له أخیرا.

و ما رواه

فی الفقیه فی الصحیح عن صفوان بن یحیی عن ابن جنید عن هشام

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۷۷.

بن سالم (۱)قال: «سأل حفص الأعور أبا عبد الله علیه السلام،و أنا حاضر فقال:کان لأبی أجیر و کان له عنده شیء،فهلک الأجیر و لم یدع وارثا و لا قرابه،و قد ضقت بذلک فکیف أصنع؟فقال:رأیک المساکین،فقلت:جعلت فداک انی ضقت بذلک، فکیف أصنع؟فقال:هو کسبیل مالک،فان جاء طالب أعطیته».

و هـذا الخبر موافق لعجز سابقه،و لخبر خطاب الأعور و أنت خبیر بما ذیلنا به هذه الاخبار،أن بعضا منها دل علی الصدقه،و بعضـا علی الأمانه فی یـده،و بعضا دل علی التملک،و أنه کسبیل ماله یتصـرف فیه کما شاء مثل سائر أمواله مع الضـمان و الوصـیه به،و الجمع بینهما بالحمل علی التخییر بین الأمور الثلاثه.

و الأصحاب القائلون بالصدقه قیدوها بأنه یتصدق به عن المالک،و متی ظهر المالک و رضی بذلک فلا اشکال:و مع عدم رضاه فیغرم للمتصـدق له،و یکون ثواب الصـدقه للمتصـدق،و لا ـ بـأس به،و ان کـانت الأخبار مطلقه إذ التصـدق بمال الغیر بغیر اذنه و التصـرف فیه کـذلک ممنوع عقلا ـ و نقلا،و أما التصـدق به علی الوجه المـذکور فاحسان محض،«و مٰا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِیلٍ »لانـه قـد نوی التصـدق به علی المالـک،فـان اتفق موته قبـل الصـدقه أو بعـدها فقـد وصل الیه ثواب الصـدقه،و ان اتفق حیاته و رجوعه الی ماله،فهو مخیر بین قبول ثواب الصـدقه،و غرامه ماله، و رجوعه علیه،فالاحسان ظاهر،و فی بقائه أمانه-من خطر التلف بغیر تفریط الموجب لعدم الضـمان-ما هو ممکن،و کذا فی جواز التصرف فیه و تملکه مع الوصیه من حیث احتمال عدم رجوعه و ظهوره،فالتصدق علی کل حال أرجح (۲).

۱- ۱) الفقیه ج ۴ ص ۲۴۱.

۲- ۲) و من جمله الفروع علی ذلک قالوا لو دفعها الی الحاکم فلا ضـمان و ان تلف فی یـده بغیر تفریط و لم یرض المالک،أما مع بقاء عینها معزولا فی یـده أو ید وارثه فینبغی أن یکون حکمها حکم ما لو کانت فی ید الحاکم،لأن الإذن الشـرعی فی عزلها یصـیرها أمانه فی یده،فلا یتبعه الضـمان مع احتماله،لأن الأمانه هنا شـرعیه لا مالکیه و الأمانه الشـرعیه قد یتبعها الضمان انتهی. و ظاهر الشهید فی الدروس التخییر بین الدفع للحاکم و بین إبقائه فی یده أمانه و بین الصدقه مع الضمان-منه رحمه الله.

ثم ان ما ذكره الأصحاب من الرجوع للحاكم الشرعى و أطالوا به،و فرعوا عليه لا وجود له فى أخبار المسأله كما سمعت،الا أن العذر لهم ظاهر من جهه عدم ذكرهم لما نقلناه من هذه الاخبار،بل عدم وقوفهم عليها،و أن كانوا غير معذورين من جهه التتبع للأدله من مظانها،و الاستعجال فى التصنيف و جمود من اللاحق على ما ذكره السابق،نسأل الله سبحانه لنا و لهم المسامحه فى زلات الاقدام،و العفو عن هفوات الأقلام،و زيغ الأفهام فى الأحكام.

قال فى المسالك:و مصرف هذه الصدقه مصرف المندوبه،و ان وجبت على المديون أو وارثه بالعارض،فإنه بمنزله الوكيل و الوصى الذى يجب عليه الصدقه و ان كانت فى أصلها مندوبه انتهى.

و رابعها:ما ذكروه من أنه مع القطع بموته و عدم وجود الوارث فهو للإمام عليه السلام و هو مما لا خلاف فيه بين علمائنا الاعلام،و به استفاضت الاخبار كما تقدمت الإشاره إليه فى كتاب الخمس فى بحث الأنفال،و حيث أنا لم نعط المسأله حقها ثمه من التحقيق و نقل جمله الأخبار المتعلقه بها،حيث أن هذا الخاطر انما خطر لنا فى الكتب الأخيره فتنقل هنا جمله أخبار المسأله و ما يتعلق بها من البحث و التحقيق.

فمنها ما رواه

الشيخ فى الصحيح عن محمد بن مسلم (۱)

«عن أبى جعفر عليه السلام قال:من مات و ليس له وارث من قرابته،و لا مولى عتاقه قد ضمن جريرته فماله من الأنفال».

و فى روايه حماد بن عيسى (۲)الطويله المتقدمه فى الكتاب المشار اليه آنفا قال:

«فيه و هو وارث من لا وارث له».

۱- ۱) التهذيب ج ۹ ص ۳۸۷ الفقيه ج ۴ ص ۲۴۲.

۲- ۲) الكافى ج ۷ ص ۱۶۹.

و ما رواه

الصدوق فی الفقیه عن أبان بن تغلب (۱)

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی رجل یموت لا وارث له و لا مولی له؟قال:هو من أهل هذه الآیه «یَسْئَلُونَکَ عَنِ الْأَنْفالِ» .

و ما رواه

فی الکافی عن الحلبی (۲)فی الصحیح أو الحسن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«من مات و ترک دینا فعلینا دینه و إلینا عیاله،و من مات و ترک مالا فلورثته،و من مات و لیس له موالی فماله من الأنفال».

و ما رواه

فی الکافی فی الصحیح أو الحسن و الشیخ فی الموثق عن محمد الحلبی (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی قول الله عز و جل (۴)«یَسْئَلُونَکَ عَنِ الْأَنْفالِ» قال:من مات و لیس له مولی فماله من الأنفال».

و أما ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن داود عمن ذکره (۵)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«مات رجل علی عهد أمیر المؤمنین(علیه السلام)لم یکن له وارث فدفع أمیر المؤمنین علیه السلام میراثه الی همشهریجه».

و ما رواه

فی الکافی عن خلاد السندی (۶)

«عن أبی عبد الله علیه السلام قال:کان علی علیه السلام یقول فی الرجل یموت و یترک مالا-و لیس أحد:أعط المیراث همشاریجه».

و ما رواه

فی التهذیب عن خلاد عن السری (۷)رفعه الی أمیر المؤمنین علیه السلام،

«فی الرجل یموت و یترک مالا لیس له وارث قال:فقال أمیر المؤمنین علیه السلام:أعط همشاریجه». فقد أجاب الشیخ عن هذه الروایات بعد الطعن

۱- ۱) الفقیه ج ۲ ص ۲۳ التهذیب ج ۹ ص ۳۸۷.

۲- ۲) الکافی ج ۷ ص ۱۶۸.

۳- ۳) الکافی ج ۷ ص ۱۶۹ التهذیب ج ۹ ص ۳۸۶.

۴- ۴) سوره الأنفال الآیه-۱.

۵- ۵) الکافی ج ۷ ص ۱۶۹ التهذیب ج ۹ ص ۳۸۷.

۶- ۶) الکافی ج ۷ ص ۱۶۹ التهذیب ج ۹ ص ۳۸۷.

۷- ۷) التهذیب ج ۹ ص ۳۸۷.

فی الأسانید-بالحمل علی تبرعه بحقه،لا أن هذا حکم کل مال لا وارث له، و هو جید.

و قال الصدوق فی الفقیه:متی کان الامام ظاهرا فماله للإمام علیه السلام و متی کان الإمام غائبا فماله لأهل بلده متی لم یکن له وارث،و لا قرابه أقرب إلیه بالبلدیه.

أقول:أنت خبیر بما فیه فان قصد بذلک الجمع بین هذه الاخبار بما ذکره ففیه أن اخبار الدفع الی أهل البلد صریحه فی وجود الامام علیه السلام،فان الدافع هو أمیر المؤمنین علیه السلام فکیف یصح حملها علی زمن الغیبه،و الاخبار الاولی و ان کانت مطلقه الا أن هذه الاخبار ظاهره فی زمن الحضور،و ان کان ذلک حکما کلیا لا بالنظر الی هذه الاخبار فلا دلیل علیه و الله العالم.

المسأله الثانیه [فی حکم من کان لأحد فی ذمه آخر دین فباعه بأقل منه] :

اشاره

لو کان لأحد فی ذمه آخر دین فباعه بأقل منه عینا أو قیمه علی وجه لا یحصل فیه الربا،و لا الإخلال بشروط الصرف لو کان العوضان من الأثمان،فالمشهور بین الأصحاب أنه یجب علی الذی علیه الدین دفع ذلک الدین کملا إلی المشتری،لأنه قد انتقل الیه بالعقد الصحیح کما انتقل الثمن بأجمعه إلی البائع.

و قال الشیخ و جماعه:انه لا یلزم المدین أکثر مما دفعه المشتری من الثمن، و لا ریب فی مخالفه هذا القول للقواعد الشرعیه،و الضوابط المرعیه،الا أنه قد وردت به الاخبار و علیها اعتمد الشیخ(رحمه الله علیه)فیما أفتی به هنا.

و منها ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن محمد بن الفضیل عن أبی حمزه (1)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل کان لرجل علیه دین،فجاء رجل فاشتری منه بعرض،ثم انطلق إلی الذی علیه الدین،فقال له:أعطنی مال فلان علیک،فانی قد اشتریته منه،کیف یکون القضاء فی ذلک؟فقال أبو جعفر(علیه السلام) یرد علیه الرجل الذی علیه الدین ماله الذی اشتری به من الرجل الذی له الدین».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۰۰ التهذیب ج ۶ ص ۱۸۹.

و عن محمد بن الفضيل (۱)قال:

«قلت للرضا علیه السلام:رجل اشتری دینا علی رجل،ثم ذهب الی صاحب الدین،فقال له:ادفع الی ما لفلان علیک فقد اشتریته منه؟قال:یدفع الیه ما دفع الی صاحب الدین،و بریء الذی علیه المال من جمیع ما بقی علیه».

و المشهور بین المتأخرین رد الخبرین بضعف الاسناد،و مخالفه القواعد الشرعیه کما ذکرناه آنفا،خصوصا الروایه الثانیه المتضمنه لبراءه المدین علیه المال من جمیع ما بقی علیه،فإنه لا یعقل هیهنا وجه للبراءه لأنه قبل البیع ملک البائع و بعد البیع فاما أن ینتقل بالبیع إلی المشتری أم لا؟فان انتقل فالواجب دفع الجمیع إلی المشتری،و الا فلا موجب لخروجه عن ملک الأول.

و أما الروایه الأولی فیمکن حملها علی مساواه ما اشتری به الدین الذی اشتراه فإنها و ان کانت مطلقه،لکن تنزیلها علی ما ذکرناه ممکن لئلا یخرج عن مقتضی القواعد الصحیحه و الضوابط الصریحه.

و بالجمله فالمسأله بمحل من الإشکال،إذ الخروج عن مقتضی القواعد المذکوره مشکل،و طرح الخبرین من غیر معارض فی المقام أشکل،و لو وقع بطریق الصلح صح و لا اشکال،و لا یراعی فیه شروط الصرف،لاختصاصه بالبیع،أما الربا فینبغی مراعاته للقول بعدم اختصاصه بالبیع،کما تقدم فی بابه (۲).

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۰۰،التهذیب ج ۶ ص ۱۹۱.

۲- ۲) و مما یؤید الخبرین المذکورین،رواه فی الکافی و التهذیب عن عمر بن یزید(الکافی ج ۵ ص ۲۵۹)«قال:سألت أبا عبد الله علیه السلام،عن رجل ضمن علی رجل ضمانا ثم صالح علیه قال:لیس له الا الذی صالح علیه»فإنه ظاهر فی براءه ذمه المضمون عنه فیما زاد عن مال الصلح،و بذلک صرح الأصحاب أیضا فی هذه المسأله و الفرق بین المسألتین لا یخلو من خفاء و اشکال،و ان أمکن تکلفه الا أن الخبر المذکور لا یخلو من تأیید لما نحن فیه.منه رحمه الله.

و للعلامه فی المختلف هنا مع ابن إدریس کلام قد بسط فیه لسان الطعن علی ابن إدریس و التشنیع لنسبته الی التجهیل مع التأویل للخبرین المذکورین لا بأس بنقله فی المقام،و ان طال به زمام الکلام،لما فیه من الفوائد الظاهره لذوی الأفهام.

قال(قدس سره)فی الکتاب المذکور:لو باع الدین بأقل مما له علی المدیون، قال الشیخ:لم یلزم المدین أکثر مما وزن المشتری من المال،و تبعه ابن البراج علی ذلک،و قال ابن إدریس:قول الشیخ طریف عجیب یضحک الثکلی،و هو أنه إذا کان الدین،ذهبا کیف یجوز أن یبیعه بذهب أقل منه،و ان کان فضه کیف یجوز بیعه بفضه أقل منه،أو ان کان ذهبا فباعه بفضه،أو فضه فباعه بذهب،کیف یجوز انفصالهما من مجلس البیع الا بعد أن یتقابضا الثمن و المثمن،یقبض البائع الثمن،و المشتری المثمن،فان هذا لا خلاف فیه بین طائفتنا،بل لا خلاف فیه بین المسلمین،و قوله لم یلزم المدین أکثر مما وزن المشتری من المال ان کان البیع صحیحا لزم المدین تسلیم ما علیه جمیعه إلی المشتری،لأنه صار مالا من أمواله بالشراء،و قد یشتری الإنسان ما یساوی خمسین قنطارا بدینار واحد،إذا کان البائع من أهل الخبره،و انما هذه أخبار آحاد أوردها علی ما وجدها إیرادا لا اعتقادا.

ثم قال العلامه:و اعلم أن کلام الشیخ قد اشتمل علی حکمین،الأول-جواز بیع الدین بأقل منه.و لا ریب فی جوازه،و نسبه ابن إدریس کلام الشیخ فیه الی أنه طریف عجیب یضحک به الثکلی جهل منه،و قله تأمل و سوء فهم،و عدم بصیره و انتفاء التحصیل لکلام العلماء،و عدم معرفه بمدلول أقوالهم،فإن الشیخ لم یحصر هو و لا غیره من المحصلین الدین فی النقود،بل یجوز أن یکون ذهبا أو فضه أو غیرهما من الأقمشه و الأمتعه،ثم لم یحصروا بیع الدین بالنقود،و لا أوجبوا أن یکون الثمن من الذهب،أو الفضه حتی یتعجب من ذلک،و یظهر للعامه قله إدراکه و عدم تحصیل و سوء أد به و مواجهه مثل هذا الشیخ المعظم الذی هو رأس المذهب و المعلم له،و المستخرج للمعانی من کلام الأئمه(علیهم السلام)،بمثل هذه السفه

و القول الردی،و هل منع أحد من المسلمین بیع قفیز حنطه فی الذمه یساوی دینارا بربع دینار،أو بیع الدینار الدین بربع القفیز،فإن أداه سوء فهمه و قله تحصیله الی اشتراط المساواه فی الجنس باعتبار لفظه أقل کان ذلک غلطا ظاهرا،و جعل المال ما لا یدخل فیه الربا فیه،لظهور مثل هذه القواعد الممهده و القوانین الموطده من تحریم الربا،علی انه فی باقی کلامه صرح بجواز ذلک حیث تعجب من عدم التزام المدیون بجمیع الدین،و سوغ بیع ما یساوی خمسین قنطارا بدینار،لکن هذا الرجل لقله تحصیله لا یفهم وقوع التناقض فی کلامه،و تعجبه بنفسه لا یبالی أین یذهب.

الحکم الثانی-عدم إلزام المدیون بأکثر مما وزنه المشتری و الشیخ عول فی ذلک علی روایه محمد بن الفضیل،ثم ذکر الروایه کما قدمناه،ثم ذکر روایه أبی حمزه،ثم قال:و لا ریب فی صحه البیع و لزومه و وجوب إیفاء المشتری ما علی المدیون.

و لا بد حینئذ من محمل للروایتین و لیس بعیدا من الصواب أن یحملا علی أحد الأمرین،الأول-الضمان و یکون إطلاق البیع علیه و الشراء بنوع من المجاز، إذ الضامن إذا أدی عن المضمون باذنه عرضا عوضا عن الدین کان له المطالبه بالقیمه، و هو نوع من المعاوضه یشبه البیع،بل هی هو فی الحقیقه،و انما ینفصل عنه بمجرد اللفظ لا غیر.

المحمل الثانی أن یکون البیع وقع فاسدا فإنه یجب علی المدیون دفع ما ساوی مال المشتری إلیه بالإذن الصادر من صاحب الدین،و یبرئ من جمیع ما بقی علیه من المشتری،لا من البائع،و یجب علیه دفع الباقی الی البائع لبرائته من المشتری،و هذان المحملان قریبان،یمکن صرف الروایتین إلیهما،و کلام الشیخ أیضا یحمل علیهما من غیر أن ینسب الشیخ الی ما نسبه ابن إدریس انتهی کلامه زید مقامه.

و لا یخفی ما فی کل من محملیه للخبرین من التکلف و التعسف،الذی یقطع

بعـدمه،و ربمـا يفهم من مثـل هـذا التشـنيع من العلامه هنا و مثله ما وقع فى كلام شـيخنا المفيـد فى مقام الرد على الصـدوق-فى مسأله نفى السـهو عن المعصوم،و فى شـرح الاعتقادات و مثلهما غيرهما أيضا من المتأخرين-جواز الغيبه و اسـتثنائها من التحريم المتفق عليه فى مثـل هـذه المواضع،و الاـ فالأـمر مشـكل،فـان جلاـله مثـل هؤلاء المشايـخ و عـدالتهم و ورعهم و تقواهم الظاهر كالشـمس فى رابعه النهار،يمنع من قـدومهم على هـذا الأمر المتفق على تحريمه نصا و فتوى،و ان كانوا لم يصـرحوا بـذلك فى مستثنيات الغيبه.و الله سبحانه العالم.

تذنيب [الدين المؤجل لا يجوز بيعه على غير من هو عليه] :

قـال فى المختلف:قال ابن إدريس:الـدين المؤجل لا يجوز بيعه على غير من هو عليه بلا خلاف،و الوجه عنـدى الكراهه،للأصـل الـدال على الجواز و الإجمـاع ممنوع،و أما ان كان حالا لم يجز بيعه بـدين آخر مثله،و هل يجوز بيعه نسـيئه؟قال فى النهايه:يكره ذلك مع أنه منع من بيعه بدين آخر مثله،و قال ابن إدريس:لا يجوز بيعه نسيئه،بل هو حرام محظور،لانه بعينه بيع الدين بالدين،و هو حسن انتهى.

أقول:قـد تقـدم فى مباحث الفصل الثانى فى السـلف ما يتعلق بهـذا المقام و يأتى إنشاء الله تعالى فى بعض مسائل هذا الكتاب ما فيه كفايه لذوى الأفهام.

المسأله الثالثه [عدم جواز مطالبه الدين فى الحرم]

-قـال الشـيخ فى النهـايه:إذا رأى صـاحب الـدين المـديون فى الحرم لم يجز له مطالبته فيه و لا ملازمته،بل ينبغى أن يتركه حتى يخرج من الحرم،ثم يطالبه كيف شاء.

و قال على بن بابويه على ما نقله عنه العلامه فى المختلف و الشـهيد فى الـدروس :إذا كان لك على رجل حق فوجدته بمكه أو فى الحرم فلا تطالبه،و لا تسلم عليه، فتفزعه الا أن يكون أعطيته حقك فى الحرم،فلا بأس بأن تطالبه به فى الحرم.

و قـال ابن إدريس:قول الشـيخ محمول على أن صـاحب الـدين طـالب المـديون خـارج الحرم،ثم هرب منه فالتجأ الى الحرم،فلا يجوز لصاحب الدين مطالبته و لا إفزاعه،فأما إذا لم يهرب الى الحرم و لا التجأ اليه خوفا من المطالبه بل وجده

فی الحرم و هو ملیء بماله موسر بدینه،فله مطالبته و ملازمته،و قول ابن بابویه- الا ان یکون أعطیته حقک فی الحرم فلک أن تطالبه فی الحرم-یلوح ما ذکرناه،و لو کان ما روی صحیحا لورد ورود أمثاله متواترا،و الصحابه و التابعون و المسلمون فی جمیع الأمصار یتحاکمون الی الحکام فی الحرم،و یطالبون الغرماء بالدیون، و یحبس الحاکم علی الامتناع من الأداء الی عصرنا هذا من غیر تناکر منهم فی ذلک،و الإنسان مسلط علی أخذ ماله،و المطالبه عقلا و شرعا.

و قال العلامه فی المختلف:و الأقرب عندی کراهه ذلک علی تقدیر الإدانه خارج الحرم،دون التحریم،عملا بالأصل و الإباحه مطلقا علی تقدیر الإدانه فی الحرم،و بما ذهب الیه الشیخ فی النهایه من التحریم صرح ابن إدریس و أبو الصلاح، إلا أنهما أضافا إلی الحرم مسجد النبی(صلی الله علیه و آله)و مشاهد الأئمه(علیهم السلام).

أقول:أما ما ذهب الیه الشیخ من التحریم فی الحرم فیدل علیه

موثق سماعه (1)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل لی علیه مال فغاب عنی زمانا فرأیته یطوف حول الکعبه،فأتقاضاه؟قال:فقال:لا تسلم علیه و لا تروعه حتی یخرج من الحرم». و ظاهر العلامه الاستدلال بهذه الروایه علی الکراهه کما اختاره.

و فیه أن النهی حقیقه فی التحریم کما صرح به هو و غیره فی الأصول، و الحمل علی خلافه یحتاج إلی قرینه،و أما ما نقل عن الشیخ علی بن بابویه فهو مأخوذ من کتاب الفقه الرضوی علی النهج الذی کررنا ذکره فی کتب العبادات، حیث إنه (2)

قال(علیه السلام)

«ان کان لک علی رجل حق فوجدته بمکه أو فی الحرم فلا تطالبه،و لا تسلم علیه فتفزعه،الا أن تکون أعطیته حقک فی الحرم،فلا بأس أن تطالبه فی الحرم».

و هی عین عباره الشیخ المذکور،کما قدمنا ذکره فی جمله من المواضع، سیما فی کتب العبادات فی إفتاء الشیخ المذکور فی رساله الی ابنه بعبارات الکتاب،

1- 1) التهذیب ج 6 ص 194.

2- 2) المستدرک ج 2 ص 493.

و نحوه ابنه الصدوق فى الفقيه،كما تقدم التنبيه عليه فى الكتب المذكوره،و من ثم اعتمدنا على الكتاب المذكور لاعتماد هذين العمدتين عليه.

و أنت خبير بأنه لا منافاه بين الخبرين،فان الخبرين متفقان على أن تحريم المطالبه انما هو فى صوره ما إذا كان الدين خارج الحرم،ثم انه وجده فى الحرم، و أما لو كانت الاستدانه فى الحرم فحكمها فى موثق سماعه غير مذكور،إذ مورده ظاهرا انما هو ما قلناه،فاشتمال روايه الكتاب المذكور على حكم الاستدانه فى الحرم لا معارض لها،فيجب العمل بها كما عمل بها الشيخ المذكور.

و قال المحدث الكاشانى(رحمه الله عليه)فى المفاتيح فى ضمن عد جمله من المستحبات:و أن لا يطالبه فى الحرم،بل لا يسلم عليه،و لا يروعه حتى يخرج، كذا فى الخبر،أما لو التجأ المديون اليه لم يجز مطالبته فيه،بل يضيق عليه فى المطعم و المشرب،الى أن يخرج،لقوله تعالى (۱)«وَ مَنْ دَخَلَهُ كٰانَ آمِناً» كذا قالوه انتهى.

أقول:ما نقله عنهم من الكلام الأخير لم أقف عليه فيما حضرنى من كلامهم فى الدين.نعم ذلك فى الجنايه كما وردت به الأخبار،و صرح به الأصحاب.

و أما ما ذكره ابن إدريس و طول به من الكلام فهو نفخ فى غير ضرام،و أى موجب لتأويل كلام الشيخ مع وجود الروايه به،و أى منافاه فى الخبر المذكور مع ما علم من اختصاص الحرم بأحكام عديده لا يشاركه غيره فيها،فتخصص به العمومات،و هذا من جملتها.ثم من الذى اشترط فى الاخبار-الوارده فى الأحكام- ورودها متواتره فى كل حكم حكم،و جزئى جزئى حتى أنه يرد هذه الروايه لعدم كونها كذلك.

ثم أى دليل فيما احتج به من فعل الصحابه و التابعين و من بعدهم الى يومه، و الجميع انما هم من قضاه المخالفين،و علمائهم-الذين نسبهم إلى الإسلام هنا-

---

۱- ۱) سوره آل عمران الآیه-۹۷.

مع قوله بكفرهم و نجاستهم و نحو ذلك مما تقدم فى كتب العبادات،و هل يدعى أحد أنه منذ وقت موت النبى صلى الله عليه و آله الى يومنا هذا صار للشيعه حكم و قضاه،يحكمون و يقضون فى الحرم أو غيره،يحسبون و نحو ذلك مما ذكره حتى أنه يمكنه الاحتجاج بما ذكره،ما هذا الا تحكمات بارده،و تمحلات شارده.

و العجب منه عفى الله تعالى عنه فى رده هذا الاخبار و أمثالها،و تكذيبه بها مع ما استفاض عنهم عليهم السلام من النهى عن التكذيب بما جاء عنهم و لو جاء به خارجى أو قدرى،و أن ما رانت له قلوبكم فاقبلوه،و ما اشمأزت منه فردوه إلينا،ما هذه الا جرءه زائده من هذا الفاضل النحرير،و خروج عن الدين من حيث لا يشعر صاحبه نسأل الله-تعالى-المسامحه لنا و له من هفوات الأقلام،و زلات الاقدام.

و أما ما ذكره العلامه من التفصيل-تبعا لابن بابويه لكنه حكم بالكراهه فيما حكم به ابن بابويه بالتحريم-ففيه ما عرفت من أن ظاهر الروايه هو التحريم،و حمله لها على الكراهه يحتاج الى دليل.

و الاستناد الى الأصل فى مقابله الخبر الذى ظاهره التحريم غير مسموع،هذا بالنسبه إلى الاستدانه خارج الحرم،و أما مع وقوعها فى الحرم فجيد،لما عرفت من كلام الرضا عليه السلام فى الكتاب المتقدم،و الأنسب له هنا الاستناد الى الأصل، فإنه فى محله،و تخرج الروايه المذكوره شاهده على ذلك.

و أما إضافه مسجد النبى صلى الله عليه و آله و المشاهد المقدسه إلى الحرم كما ذكره الفاضلان المتقدمان فلم نقف له على مستند،و كأنهما لاحظا اشتراك الجميع فى شرف المكان، و هو قياس محض و الله العالم.

المسأله الرابعه [فى أنه إذا مات الرجل حل ما له و ما عليه]

-الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب فى أنه بموت-المديون تحل ديونه المؤجله،و انما الخلاف فى الحل بموت الغريم،فذهب جماعه منهم الشيخ فى النهايه و أبو الصلاح و ابن البراج و الطبرسى الى ذلك.

و المشهور و هو قول الشيخ فى الخلاف،و المبسوط خلافه،و علل الأول بأن بقاء الدين على الميت بعد موته لا معنى له،و معلوم أنه لم ينتقل إلى ذمه الورثه،

للأصل (۱)،و لعدم تكليف أحد بفعل غيره،و علل الثانى بأن المال كان مؤجلا و انتقل الى الوارث،و ينبغى أن يكون كما كان،لعدم لزوم شیء على أحد بموت غيره،و للاستصحاب.

و الذى وقفت عليه من الاخبار فى المقام ما رواه

فى الكافى مسندا عن أبى بصير (۲)قال:

«قال أبو عبد الله عليه السلام و الصدوق فى الفقيه مرسلا«قال:قال أبو عبد الله (عليه السلام):إذا مات الرجل حل ماله،و ما عليه من الدين».

و ما رواه

فى التهذيب و الفقيه عن السكونى (۳)عن جعفر عن أبيه ع

«أنه قال:إذا كان على رجل دين إلى أجل و مات الرجل حل الدين».

و ما رواه

فى التهذيب عن الحسين بن سعيد (۴)فى الصحيح قال:

«سألته عن رجل أقرض رجلا دراهم إلى أجل مسمى،ثم مات المستقرض أ يحل مال القارض عند موت المستقرض منه،أو للورثه من الأجل ما للمستقرض فى حياته؟فقال:إذا مات فقد حل مال القارض».

و القائلون بالحلول بموت الغريم استندوا إلى روايه أبى بصير المذكوره، و ظاهر الصدوق بناء على قاعدته المذكوره فى صدر كتابه القول بذلك أيضا،و لكن لم أطلع على من نقله عنه،الا أنه لازم مما ذكرناه،حيث أنهم يستندون المذهب إليه فى هذا الكتاب بما ذكرناه،و غايه ما أجاب به المتأخرون عن الخبر المذكور

۱- ۱) أقول:و الأظهر تعليله بأن الحق لا ينتقل من شخص الى آخر الا برضاء صاحب الحق فلا ينتقل إلى ذمه الوارث بمجرد موت المورث و أظهر فى الدلاله قوله سبحانه «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهٰا أَوْ دَيْنٍ» تمنع الورثه من التصرف فى التركه إلا بعد أداء الدين و محل المسأله داخل تحت إطلاق الآيه كما لا يخفى و العمده مع ذلك-الأخبار المذكوره مضافا الى الاتفاق على الحكم.منه رحمه الله.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۹۹ الفقيه ج ۳ ص ۱۱۶.

۳- ۳) التهذيب ج ۶ ص ۱۹۰ الفقيه ج ۳ ص ۱۱۶.

۴- ۴) التهذيب ج ۶ ص ۱۹۰.

هو رده بضعف السند،كما ذكره جمله منهم،و هو مشكل عند من لا يرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث،سيما ان الخبر من مرويات الفقيه التى يعتمدونها فى غير مقام.

و حمله بعض الأفاضل- (۱)فى حواشيه على كتاب الفقيه-على سائر الحقوق غير الدين،مثل العمرى الموقت بحياته،و الإجاره،و العاريه،و الشركه،و القراض، و الأمانات،قال:و معنى حلولها انتهاء العقد،فيلزم تسليمها إلى الورثه،أو تسليم العقد انتهى.

و لا يخفى ما فيه من البعد عن الظاهر،فان الخبر مصرح بالدين،فكيف يحمل على غير الدين،و مع قطع النظر عن ذلك فهو ظاهر فى مساواه ماله لما عليه،مع اتفاقهم على الحلول فيما عليه من الدين،فيكون ماله كذلك.

و بالجمله فإن الخبر لا معارض له الا ما تقدم من التعليلات العقليه الراجعه إلى الاستصحاب،و فيها ما لا يخفى على ذوى الأفهام و الألباب،و الحكم لذلك موضع اشكال و الله العالم.

تذنيب:قال المرتضى رضى الله عنه فى المسائل الناصريه:هذه المسأله-و أشار بها الى أن الدين المؤجل لا يصير حالا بموت من عليه الدين-لا أعرف إلى الان لأصحابنا فيها نصا معينا فأحكيه،و فقهاء الأمصار كلهم يذهبون الى أن الدين المؤجل يصير حالا بموت من عليه،و يقوى فى نفسى ما ذهب اليه الفقهاء،و يمكن أن يستدل عليه بقوله-تعالى (۲)«مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهٰا أَوْ دَيْنٍ» علق القسمه بقضاء الدين، فلو أخرت تضررت الورثه،و لانه يلزم انتقال الحق من ذمه الميت إلى ذمه الورثه، و الحق لا ينتقل الا برضاء من له انتهى.

و ليت شعرى كيف غفل عن الروايات الوارده فى المسأله،و لكنه قليل

ص: ۱۶۶

۱- ۱) هو الفاضل الشيخ محمد بن الشيخ حسن بن شيخنا الشهيد الثانى«قدس الله أرواحهم»منه رحمه الله.

۲- ۲) سوره النساء الآيه-۱۱.

المراجعه للاخبار،کما لا یخفی علی من له أنس بطریقته(رضی الله عنه)و قاعدته.

المسأله الخامسه [جواز اقتضاء الدین من أثمان المحرمات إذا کان المدیون ذمیا] :

قد صرح الأصحاب(رضوان الله علیهم)بأنه یجوز اقتضاء الدین من أثمان المحرمات علی المسلم،إذا کان المدیون البائع ذمیا مستترا، و التقیید بالذمی لإخراج الحربی،إذ لا یجوز أخذ ثمن ذلک منه،لعدم إقرار الشریعه له علی ذلک،و المسلم لعدم جواز بیعه و بطلانه،و بالاستتار الاحتراز عما لو تظاهر به،فإنه لا یجوز أخذ ذلک لما ذکر،فان من شرائط الذمه عدم التظاهر بأمثال ذلک.

و الواجب أولا ذکر ما وصل إلینا من أخبار المسأله،ثم الکلام فیها بما یسر الله سبحانه فهمه منها.

و من الاخبار المذکوره ما رواه

ثقه الإسلام و الشیخ(عطر الله مرقدیهما)عن محمد بن مسلم (۱)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام و رواه الشیخ أیضا فی التهذیب بسند آخر عن داود بن سرحان (۲)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل کان له علی رجل دراهم فباع خمرا أو خنازیر و هو ینظر الیه فقضاه؟قال:لا بأس به،أما للمقتضی فحلال،و أما للبائع فحرام».

و ما رواه

فی الکافی عن زراره (۳)فی الصحیح عن أبی عبد الله(علیه السلام)

«فی الرجل یکون لی علیه الدراهم فیبیع بها خمرا أو خنزیرا ثم یقضی عنها فقال:

لا بأس أو قال:خذها».

و ما رواه

الشیخ عن محمد بن یحیی الخثعمی (۴)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یکون لنا علیه الدین فیبیع الخمر و الخنازیر فیقضینا فقال:

لا بأس به لیس علیک من ذلک بأس.

و عن أبی بصیر (۵)قال:

«سألت أبا عبد الله(علیه السلام)عن رجل یکون له علی الرجل مال فیبیع بین یدیه خمرا أو خنازیر یأخذ ثمنه قال لا بأس».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۳۱.

۲- ۲) التهذیب ج ۶ ص ۱۹۵.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۳۲.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۱۳۷.

۵- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۱۳۷.

و ما رواه

فی الکافی عن منصور (۱)قال:

«قلت لأبی عبد الله(علیه السلام):لی علی رجل ذمی دراهم فیبیع الخمر و الخنزیر و أنا حاضر فهل لی أن آخذها؟فقال:انما علیه دراهم فقضاک دراهمک».

و أنت خبیر بأن إطلاق الروایات الأربع المتقدمه ظاهر فی حل أخذ ذلک و لو من المسلم،إذ لا تقیید فیها بالذمی،و لا قائل به فیما أعلم إلا ما یظهر عن صاحب الکفایه،حیث قال:قال بعضهم:و لو کان البائع مسلما لم یجز،و هو مناف لإطلاق أخبار کثیره،فالحکم به مشکل،الا أن یکون المقصود المنع بالنسبه إلی البائع انتهی ملخصا.

أقول:و یمکن تأیید ما ذکره من حمل المنع علی البائع خاصه،و ان جاز لصاحب الطلب أخذه بقوله علیه السلام أما للمقتضی فحلال،و أما للبائع فحرام،الا أنه لا یخلو من الإشکال أیضا،فإن تحریمه علی البائع یوجب رده علی مالکه،لبطلان البیع فکیف یکون حلالا علی المقتضی.

و مما یؤید ما دل علیه ظاهر إطلاق الاخبار المذکوره ما رواه

الشیخ فی التهذیب فی الصحیح عن محمد بن مسلم (۲)عن أبی جعفر علیه السلام

«فی رجل ترک غلاما له فی کرم له یبیعه عنبا أو عصیرا فانطلق الغلام فعصره خمرا ثم باعه قال:لا یصلح ثمنه، ثم قال:ان رجلا من ثقیف اهدی الی رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم روایتین من خمر بعد ما حرمت فأمر بهما رسول الله صلی الله علیه و آله فأهریقتا و قال:ان الذی حرم شربها قد حرم ثمنها،ثم قال:أبو عبد الله علیه السلام ان أفضل خصال هذه التی باعها الغلام أن یتصدق بثمنها».

و ما رواه

فی الکافی عن أبی أیوب الخراز (۳)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۳۲.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۱۳۶.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۳۱.

:رجل أمر غلامه أن يبيع كرمه عصيرا فباعه خمرا ثم أتاه بثمنه؟فقال:ان أحب الأشياء الى أن يتصدق بثمنه».

و الأمر بالتصدق فی هذین الخبرین مع بطلان البیع و تحریم الثمن الموجب لرده علی صاحبه لا یجتمعان،الا أن یحمل علی عدم معرفه المشتری،أو عدم إمکان تحصیله، و هو غایه البعد.

و بالجمله فإن ظاهر الخبرین مشعر بالحل فی هذه الصوره و الیه یمیل کلام بعض مشایخنا من متأخری المتأخرین (۱)حیث قال:و لا یبعد القول بکون البائع مالکا للثمن،لأنه أعطاه المشتری باختیاره و ان کان فعل فعلا حراما،ثم قال:المقطوع به فی کلام الأصحاب وجوب الرد انتهی.

و یمکن تأییده أیضا بما رواه

فی الکافی عن یونس (۲)

«فی مجوسی باع خمرا أو خنازیر إلی أجل مسمی ثم أسلم قبل أن یحل المال؟قال:له دراهمه، و قال:ان أسلم رجل و له خمر و خنازیر ثم مات و هی فی ملکه و علیه دین قال:

یبیع دیانه أو ولی له غیر مسلم خمره و خنازیره و یقضی دینه،و لیس له أن یبیعه و هو حی و لا یمسکه». الا أن الاخبار متظافره بتحریم بیع الخمر و الخنازیر کما تقدم شطر منها فی المقدمه الثالثه،و ان ذلک من السحت،و من الممکن و ان کان لا یخلو عن بعد تقیید هذه الاخبار بالذمی کما اشتمل علیه الخبر الأخیر.

لکن یبقی الإشکال أیضا عن وجهین أحدهما ما اشتمل علیه بعضها صریحا و بعضها ظاهرا من حضور المسلم البیع،مع ان الأصحاب قیدوا الجواز بالتستر کما عرفت، و صرحوا بالعدم مع عدمه،و الحمل علی أن الذمی یبیع فی بیته أو نحوه من الأماکن المستوره،و ان اطلع علیه صاحب الطلب من حیث لا یشعر به بعید غایه البعد،أو یقال:بعدم کون التستر مشروطا علیهم فی الذمه،و لعله الأقرب و ان کان خلاف ما

ص:۱۶۹

۱- ۱) هو شیخنا المجلسی(قدس سره)فی حواشیته علی کتب الاخبار-منه رحمه الله.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۳۲.

علیه ظاهر الأصحاب فإن الذی وقفت علیه فی الاخبار بالنسبه إلی شرائط الذمه خال من ذلک،بل من أکثر الشروط التی ذکرها الأصحاب رضوان الله علیهم (۱).

و ثانیا ما اشتمل علیه الخبر الأول من قوله«أما للمقتضی فحلال،و أما للبائع فحرام»و الظاهر أنه لا اشکال فیه بعد حمل الخبر علی أهل الذمه،لما ورد فی أخبار أخذ الجزیه مع التصریح بحل أخذها من ثمن خمورهم و خنازیرهم،کما فی

صحیحه محمد بن مسلم (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام

«حیث قال:فیها علیهم الجزیه فی أموالهم،تؤخذ منهم من ثمن لحم الخنزیر أو الخمر،فکل ما أخذوا منهم من ذلک فوزر ذلک علیهم،و ثمنه للمسلمین حلال،و یأخذونه فی جزیتهم». و نحوه روی شیخنا المفید فی المقنعه عن محمد بن مسلم (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام.

و ظاهر هذین الخبرین هو عدم التستر ایضا،و احتمال کون المراد ذلک بحسب الواقع مع عدم علم المسلمین الظاهر بعده،و بذلک یظهر ما فی توقف بعض (۴)

۱- ۱) و منه ما رواه الشیخ و الصدوق فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال: ان رسول الله صلی الله علیه و آله،قبل الجزیه من أهل الذمه علی أن لا یأکلوا الربا و لا یأکلوا لحم الخنزیر و لا ینکحوا الأخوات و لا بنات الأخ و لا بنات الأخت،فمن فعل ذلک منهم برئت منه ذمه الله و ذمه رسول الله صلی الله علیه و آله،و قال:و لیست لهم الیوم ذمه،و زاد فی خبر آخر علی أن لا یهودوا أولادهم و لا ینصروا،و لم أقف علی غیر هذین الخبر بعد التتبع و الله العالم-منه رحمه الله.

۲- ۲) الوسائل الباب-۷۰-من أبواب کتاب الجهاد.

۳- ۳) الوسائل الباب-۷۰-من أبواب کتاب الجهاد.

۴- ۴) و هو المحقق الأردبیلی قدس سره حیث قال بعد ذکر روایه المشار إلیها أن فیها تأملا لأنه إن حملت علی کون البائع مسلما،فظاهر الأصحاب و بعض الاخبار عدم جواز الأخذ،و ان حملت علی الذمی فقوله للبائع حرام محل التأمل،إذ یجوز له ذلک خاصه الا أن یحمل علی الإظهار کما هو الظاهر،و لو سلم تحریمه للبائع حینئذ فکونه حراما للقابض مشکل،و بالجمله هذا لا یخلو عن اشکال انتهی أقول:و بما ذکرناه و أوضحناه فلا اشکال بحمد الله سبحانه فی هذا المجال-منه رحمه الله.

المحققين فی تحریمه علی البائع و حله للقابض-مع تسلیمه حمل الخبر علی الذمی فإنه لا وجه له بعد تصریح هذه الاخبار بذلک،و الفرق بین الجزیه و قضاء الدین غیر ظاهر.

و کیف کان فان القول المشهور هو الأوفق بالاحتیاط المطلوب فی الدین، کما لا یخفی علی الحاذق المکین،فیتعین حمل إطلاق الاخبار المتقدمه علی أهل الذمه و ارتکاب جواز ذلک للمسلم مع استفاضه الأخبار بتحریم ذلک علیه،و بطلان بیعه مضافا الی اتفاق الأصحاب علی ذلک لا یخلو من شناعه،و حینئذ فلا یلتفت الی ما ذکره أولئک الفضلاء المشار إلیهم آنفا و الله العالم.

المسأله السادسه [حکم ما لو کان لاثنین فصاعدا مال فی ذمم غیرهم و أرادوا قسمته]

-المفهوم من کلام الأصحاب(رضوان الله علیهم)أنه إذا کان لاثنین فصاعدا مال فی ذمم غیرهم و أرادوا قسمته،فإنه لا تصح ما لم یقبض، و لو اقتسموا و الحال کذلک لم یصح،بل یکون کل ما خرج فهو علی الشرکه، و ما توی علی الجمیع.

و یدل علی ذلک جمله من الاخبار منها ما رواه

الشیخ فی الصحیح عن سلیمان بن خالد (1)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجلین کان لهما مال بأیدیهما و منه متفرق عنهما،فاقتسما بالسویه ما کان فی أیدیهما،و ما کان غائبا عنهما،فهلک نصیب أحدهما مما کان غائبا،و استوفی الآخر علیه أن یرد علی صاحبه؟قال:نعم ما یذهب بماله». و رواه الصدوق بإسناده عن ابن مسکان عن سلیمان بن خالد (2)مثله.

و عن عبد الله بن سنان (3)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجلین بینهما مال منه دین و منه عین،فاقتسما العین و الدین،فتوی الذی کان لأحدهما من الدین أو بعضه و خرج الذی للآخر أ یرد علی صاحبه؟قال:نعم ما یذهب بماله».

١- ١) التهذیب ج ۶ ص ٢٠٧ الفقیه ج ٣ ص ٢٣.
٢- ٢) التهذیب ج ۶ ص ٢٠٧ الفقیه ج ٣ ص ٢٣.
٣- ٣) التهذیب ج ٧ ص ١٨۶.

و عن أبی حمزه (۱)قال:

سئل أبو جعفر(علیه السلام)عن رجلین بینهما مال منه بأیدیهما،و منه غائب عنهما فاقتسما الذی بأیدیهما و أحال کل واحد منهما بنصیبه من الغائب، فاقتضی أحدهما و لم یقتض الأخر،قال:ما اقتضی أحدهما فهو بینهما،و ما یذهب بینهما».

نعم

روی الحمیری فی کتاب قرب الاسناد عن عبد الله بن الحسن (۲)عن جده علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر علیهما السلام قال:

«سألته عن رجلین اشترکا فی السلم أ یصلح لهما أن یقتسما قبل أن یقبضا قال:لا بأس». و حمل علی الجواز دون اللزوم.

و بما ذکرنا من الاخبار الصریحه الدلاله علی القول المذکور یظهر لک ما فی کلام المحقق الأردبیلی(رحمه الله علیه)هنا من القصور،حیث انه لم یقف فی المقام الا علی روایه غیاث المذکوره،فقال بعد ذکر کلام الأصحاب:ما لفظه الحکم مشهور بینهم،و مستندهم روایه غیاث ثم ساق الروایه الی أن قال:و الشهره لیست بحجه،و ابن إدریس مخالف،و نقل عنه ان لکل واحد ما اقتضی کما هو مقتضی القسمه،و المستند غیر معتبر،لوجود غیاث کأنه ابن إبراهیم البتری،و أدله لزوم الشرط تقتضیه،و کذا التسلط علی مال نفسه،و جواز الأکل مع التراضی و التعیین التام لیس بمعتبر فی القسمه،بل یکفی فی الجمله کما فی المعاوضات، فإنه یجوز البیع و نحوه،و لان الدین المشترک بمنزله دینین لشخصین،و للمالک ان یخص أحدهما دون الأخر،فلو کان قابل بتخصیص کل واحد قبل القسمه بحصه لأمکن ذلک أیضا،فإن الثابت فی الذمه أمر کلی قابل للقسمه،و انما یتعین بتعیین المالک فله ان یعین،و لکن الظاهر انه لا قائل به قبل القسمه،و بعدها القول به نادر من غیر دلیل،و الشهره مع الخبر المجبور بها یمنع ذلک،و یؤید بالاستصحاب

ص: ۱۷۲

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۸۵.

۲- ۲) الوسائل الباب-۲۹-من أبواب الدین الرقم-۲.

و الاحتیاط فتأمل انتهی.

و لیت شعری کیف ذهب علیه الوقوف علی هذه الاخبار مع تعددها-و روایتها فی الأصول متکثر الطرق-حتی ارتکب ما ارتکب من هذه التمحلات-التی لا تصلح لتأسیس الأحکام الشرعیه-و تجاوز ذلک الی احتمال القول بتخصیص کل واحد قبل القسمه بحصه،و لم یمنعه منه الا عدم وجود القائل،و الکل کما عرفت نفخ فی غیر ضرام،کما لا یخفی علی من وقف علی ما نقلناه من أخبارهم علیهم السلام.

و قال شیخنا الشهید الثانی فی المسالک:و الحیله فی تصحیح ذلک أن یحیل کل منهما صاحبه بحصته التی یرید إعطائها صاحبه،و یقبل الآخر بناء علی صحه الحواله ممن لیس فی ذمته دین،فلو فرض سبق دین له علیه فلا إشکال فی الصحه، و لو اصطلحا علی ما فی الذمم بعضها ببعض فقد قرب فی الدروس صحته،و هو حسن بناء علی أصالته انتهی.

أقول:ما ذکره من الحیله-فی تصحیح ذلک بالحواله-فیه أن روایه أبی حمزه و روایه غیاث ظاهرتان فی عدم صحتها،و أنها لا تفید فائده،بل الواجب هو اقتسام ما خرج و ما ذهب فهو علی الجمیع،و یمکن بناؤه علی ما ذکره من عدم صحه الحواله ممن لیس فی ذمته دین،فیکون الخبران المذکوران حجه لذلک،و أما ما ذکره من الصلح فالظاهر صحته لعموم أدله الصلح.

و یؤیده ما رواه

فی الکافی عن محمد بن مسلم (1)فی الصحیح أو الحسن عن أحدهما علیهما السلام

«أنه قال فی رجلین کان لکل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا یدری کل واحد منهما کم له عند صاحبه،فقال کل واحد منهما:لک ما عندک و لی ما عندی قال:لا بأس إذا تراضیا،و طابت أنفسهما».

و من هذه الروایه و أمثالها یظهر أن الصلح عقد برأسه،لا متفرع علی البیع کما أشار إلیه،لعدم صحه البیع فی الصوره المذکوره،و الروایه المذکوره و ان لم تکن من محل البحث،الا أن صحه الصلح علی هذه الکیفیه مستلزمه للصحه

1- 1) الکافی ج 5 ص 258.

فیما نحن فیه،فإنه إذا جاز مع هذه الجهاله التامه ففیما نحن فیه اولی،و الجمیع مشترک فی کون المال فی الذمم و الله العالم.

المسأله السابعه [حکم ما لو دفع المدیون عروضا عما فی ذمته من غیر مساعره]

-الظاهر أنه لا خلاف فی أنه لو دفع المدیون عروضا عما فی ذمته من غیر مساعره،فإنه یحتسب بقیمتها یوم القبض،لأنه إنما دفعها عوضا عما فی ذمته،و الظاهر أنها تدخل فی ملک الغریم بمجرد القبض،و ان لم تحصل المساعره.

و یدل علی ذلک ما رواه

الشیخ فی الصحیح عن محمد بن الحسن الصفار (۱)قال:

«کتبت إلیه فی رجل کان له علی رجل مال فلما حل علیه المال أعطاه بها طعاما أو قطنا أو زعفرانا و لم یقاطعه علی السعر،فلما کان بعد شهرین أو ثلاثه ارتفع الزعفران و الطعام و القطن أو نقص بأی السعرین یحسبه؟قال:لصاحب الدین (۲)سعر یومه الذی أعطاه و حل ماله علیه،أو یوم حاسبه؟فوقع علیه السلام لیس له الا علی حسب سعر وقت ما دفع الیه الطعام إنشاء الله،قال:و کتبت الیه الرجل استأجر أجیرا لیعمل له بناء أو غیره من الأعمال و جعل یعطیه طعاما و قطنا أو غیرهما ثم یتغیر الطعام و القطن عن سعره الذی کان أعطاه إلی نقصان أو زیاده،أ فیحتسب له بسعره یوم أعطاه أو بسعر یوم شارطه؟فوقع علیه السلام یحتسب له بسعر یوم شارطه فیه ان شاء الله».

و روی فی الکافی عن محمد بن یحیی (۳)فی الصحیح قال:

«کتب محمد بن الحسن الی أبی محمد علیه السلام رجل استأجر أجیرا یعمل له بناء و غیره و جعل یعطیه طعاما و قطنا أو غیر ذلک ثم تغیر الطعام و القطن من سعره الذی کان أعطاه إلی نقصان أو زیاده أ فیحتسب له بسعره یوم أعطاه أو سعر یوم شارطه؟فوقع علیه السلام:یحسب له بسعر یوم شارطه فیه إنشاء الله،و أجاب علیه السلام فی المال

۱- ۱) التهذیب ج ۶ ص ۱۹۶.

۲- ۲) الظاهر زیاده لفظه قال.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۸۱ مع اختلاف یسیر.

يحل على الرجل فيعطى به طعاما عند محله و لم يقاطعه ثم تغير السعر،فوقع عليه السلام:له سعر يوم أعطاه الطعام». و الخبران صريحان فى المدعى بالنسبه إلى محل المسأله.

و أما بالنسبه إلى الأجره و قوله عليه السلام بسعر يوم شارطه فلا يخلو من اشتباه و خفاء،و الأظهر عندى رجوعه الى يوم القبض ايضا،كما فى السؤال الأخر و توضيحه أنه لا ريب أنه بالاستيجار يستحق الأجره و ان توقف وجوب الدفع على العمل،و حينئذ فإذا دفع عروضا فى ذلك الوقت انتقل اليه بالملك، و صار عوضا عن أجرته كما أنه بالحلول-فى السؤال الآخر-يستحق المال،و كل ما يدفع اليه من العروض فإنه يملكه عوضا عما فى ذمه المستدين،و حينئذ فيعتبر فى كلا المسألتين قيمه ذلك الوقت الذى دخل فيه فى ملك القابض،فكأنه بمنزله نقد دفعه إليه فى ذلك الوقت،و لا ينافيه حصول مده مثلا لو فرض بين يوم الإجاره و يوم القبض، لان ظاهر الخبر أن السعر واحد فى ذلك المده،و انما تغير بعد تمام القبض،كما يشير اليه قوله فى أحد الخبرين«بعد شهرين أو ثلاثه»يعنى من وقت القبض.

و حينئذ فلا منافاه فى إطلاق سعر يوم الشرط على يوم القبض،فإنه مبنى على عدم الفاصله المعتد بها على استمرار القيمه و امتدادها،و أنه لم يحصل التغير الا بعد مده مديده،و باب التجوز فى الكلام أوسع من ذلك.

و الظاهر ايضا انسحاب الحكم فى النقدين لو كان أحدهما فى ذمته و أعطاه الأخر قضاء عن دينه من غير محاسبه ثم تغير السعر بعد مده،فإنه يحتسب يوم القبض.

و يدل عليه جمله من الاخبار منها ما رواه

المشايخ الثلاثه نور الله مراقدهم عن إسحاق بن عمار (١)فى الموثق قال:

«سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يكون لى عليه المال فيقضينى بعضا دنانير و بعضا دراهم،فإذا جاء يحاسبنى ليوفينى يكون قد تغير سعر الدنانير،أى السعرين أحسب له؟الذى يوم أعطانى الدنانير أو سعر يومى الذى

١- ١) الكافى ج ۵ ص ٢۴٨ التهذيب ج ٧ ص ١٠٧ الفقيه ج ٣ ص ١٨۵.

أحاسبه؟فقال:سعر يوم أعطاك الدنانير،لأنک حبست منفعتها عنه» (۱).

و الظاهر أن قوله«حبست منفعتها عنه»کنایه عن انتقالها الی القابض بالملک، و بزوال ملک الدافع عنها،فلا انتفاع له بها بالکلیه،لخروجها عن ملکه،و به یحصل حبس منفعتها عنه،و إذا انتقلت الی ملک القابض سقط بإزائها من تلک الدراهم ما قابلها بصرف ذلک الیوم،لأنها لم ینتقل الیه مجانا،و انما انتقلت عوضا فلا بد من سقوط عوضها ذلک الیوم بذلک الصرف الأول.

و منها ما رواه

فی التهذیب عن یوسف بن أیوب (۲)شریک إبراهیم بن میمون عن أبی عبد الله علیه السلام

«قال فی الرجل یکون له علی الرجل دراهم فیعطیه دنانیر و لا یصارفه،فتغیر الدنانیر بزیاده أو نقصان قال:له سعر یوم أعطاه».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن عبد الملک بن عتبه الهاشمی (۳)قال:

« سألت أبا الحسن(علیه السلام)عن الرجل یکون عنده دنانیر لبعض خلطائه فیأخذ مکانها ورقا فی حوائجه و هو یوم قبضت سبعه و سبعه و نصف بدینار،و قد یطلب صاحب المال بعض الورق،و لیست حاضره فیبتاعها له من الصیرفی بهذا السعر،ثم یتغیر السعر قبل ان یحتسبا حتی صار الورق اثنی عشر درهما بدینار، فهل یصلح له ذلک و انما هی بالسعر الأول من یوم قبضت کانت سبعه؟و سبعه و نصف بدینار، قال:إذا دفع الیه الورق بقدر الدینار فلا یضره کیف کان الصرف،و لا بأس».

۱- ۱) و أما حمل حبس المنفعه علی ظاهره-من انه کان یمکن صاحب الدنانیر أن یبیعها بقیمه أزید من ذلک الوقت-فلا یطرد کلیا،لان الکلام فی تغییر السعر مطلقا زیاده و نقیصه،فإنها قد ینقص صرفها بعد ذلک عن یوم القبض فالنفع حاصل لصاحب الدنانیر کما لا یخفی،بل المراد انما هو حبس الانتفاع بها لصیرورتها ملکا للقابض و خروجها عن ملک الدافع کما ذکرناه فی الأصل-منه رحمه الله.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۱۰۸.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۱۰۶ الکافی ج ۵ ص ۲۴۵.

أقول:لعل المعنى فى قوله عليه السلام«إذا دفع اليه الورق»الى آخره أنه إذا كان دفع الورق على جهه العوض عن الدنانير،و أداء لها فإنه ينصرف مقدار قيمه الدينار فى ذلك الوقت الى ما يقابلها من تلك الدنانير،لان الفرض ان دفع تلك الورق انما هو لتفريغ ذمته من الدنانير التى عليه،لا لغرض آخر.و حينئذ فلا يضره زياده الصرف أو نقصانه بعد وقوع التهاتر و التساقط بين تلك الورق و الدنانير، فإنه قد برئت الذمه و خلت العهده بما دفعه عن قدر ما دفعه كلا أو بعضا.

و منها ما رواه

الشيخ فى الموثق عن إبراهيم بن عبد الحميد عن (۱)عبد صالح عليه السلام،قال:

«سألته عن الرجل يكون له عند الرجل دنانير أو خليط له،يأخذ مكانها ورقا فى حوائجه و هى يوم قبضها سبعه و سبعه و نصف بدينار،و قد يطلبها الصيرفى و ليس الورق حاضرا فيبتاعها له الصيرفى بهذا السعر سبعه و سبعه نصف ثم يجىء يحاسبه و قد ارتفع سعر الدنانير فصار باثنى عشر كل دينار،هل يصلح ذلك له؟أو انما هى له بالسعر الأول يوم قبض منه الدراهم فلا يضره كيف كان السعر؟ قال:يحسبها بالسعر الأول فلا بأس به».

و منها ما رواه

الصدوق و الشيخ عن إسحاق بن عمار (۲)فى الموثق قال:

«قلت لأبى إبراهيم عليه السلام:الرجل يكون له على الرجل الدنانير فيأخذ منه دراهم ثم يتغير السعر؟قال:فهى له على السعر الذى أخذها منه يومئذ،و ان أخذ دنانير فليس له دراهم عنده،فدنانيره عليه يأخذها برؤسها متى شاء». كذا فى روايه الشيخ،و فى روايه الصدوق«و ليس له دراهم عنده»الى آخره.

قال المحدث الكاشانى فى الوافى بعد نقل الخبر بروايه التهذيب ما صورته:بيان:يعنى وقع الفضل بينهما بأخذه الدراهم أو لإمكان دنانيره ثم ان أخذ دنانير ثانيا بعد ذلك،فليس للمعطى أن يجعلها فى مقابله دنانيره التى كانت

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۱۰۷.

۲- ۲) التهذيب ج ۷ ص ۱۰۷ الفقيه ج ۳ ص ۱۸۴.

له علیه أولا،و یطلب منه دراهمه،إذ لا دراهم له علیه حینئذ بل لیس له الا دراهمه التی أعطاها ثانیا یأخذها متی شاء انتهی.

أقول:ما ذکره جید بالنظر الی ما نقله من روایه الشیخ،و أما علی تقدیر روایه الصدوق بالواو فالظاهر أن المعنی أن صاحب الطلب إذا أخذ دنانیر عوض دنانیره،و الحال أنه لم یقبض دراهم عوض طلبه کما فی الفرض الأول،فهذه الدنانیر عوض دنانیره التی فی ذمه المدیون یأخذها برؤسها متی شاء.

و الحق أن الخبر لا یخلو من إجمال بالنسبه إلی قوله ثم«تغیر السعر»الی آخره،و أنه هل أراد سعر الدراهم أو سعر الدنانیر؟فیحتمل أن یکون المراد سعر الدنانیر،و یکون حاصل المعنی أنه إذا أقرض رجل رجلا دنانیر ثم أخذ المقرض عوض دنانیره دراهم من غیر مساعره،ثم تغیر سعر الدنانیر بالزیاده أو النقصان،فما الذی یعمل علیه یوم المحاسبه؟فأجاب علیه السلام بقوله«فهی له»أی الدنانیر للمقرض، بسعر الیوم اقترضها فیه للمستدین،فعلیه أداء قیمتها بسعر ذلک الیوم،و حینئذ فیحسب له قیمه الدنانیر من تلک الدراهم التی دفعها الیه بالسعر المذکور،و ان أخذ المقرض من المستدین دنانیر بجنسها لا بالتبدیل،و الحال أنه لیس له دراهم عنده بالتبدیل،فهذه الدنانیر عوض دنانیره حسبما قدمناه فی کلامنا علی صاحب الوافی.

و أنت خبیر بان هذا المعنی مبنی علی نسخه(الواو)کما فی الفقیه،و یحتمل أن المراد سعر الدراهم و ضمیر هی راجع إلیها،بمعنی أنه إذا تغیر سعر الدراهم من وقت دفعها الی سعر آخر یوم المحاسبه،فتلک الدراهم للمقرض یأخذها بسعر یوم أخذها،لا یوم المحاسبه،ثم ذکر صوره أخری بقوله«و ان أخذ»یعنی المقرض دنانیر و الحال أنه لم یکن دراهم سابقه فی ذمه معطی الدنانیر لیکون أخذه عوضا عنها،فلیس له ذلک،بل هی علیه یأخذها صاحبها برؤسها هذا علی نسخه الواو، و علی نسخه الفاء یکون المعنی ما قدمنا نقله عن الوافی-و الله العالم.

المسأله الثامنه-إذا قتل المدیون عمدا و لا مال له

قال الشیخ فی النهایه:لم

یکن لأولیائه القود الا ـ بعد تضمین الدین عن صاحبهم،فان لم یفعلوا ذلک لم یکن لهم القود،و جاز لهم العفو بمقدار ما یصیبهم،و به قال أبو الصلاح و ابن البراج و نسب هذا القول فی الدروس الی المشهور،و قال أبو منصور الطبرسی (۱):إذا بذل القاتل الدیه لم یکن للأولیاء القود الا بعد ضمان الدین، و ان لم یبذل جاز لهم القود من غیر ضمان،و قال ابن إدریس و المحقق و العلامه:

ان للورثه استیفاء القصاص،و ان بذل الجانی الدیه من غیر ضمان للدین،و احتجوا علی ذلک بأن موجب العمد القصاص،و أخذ الدیه اکتساب،و هو غیر واجب علی الوارث فی دین مورثه،و لعموم قوله تعالی (۲)«فَقَدْ جَعَلْنٰا لِوَلِیِّهِ سُلْطٰاناً» و قوله تعالی (۳)«النَّفْسَ بِالنَّفْسِ» .

و نقل العلامه فی المختلف عن الشیخ أنه احتج بما رواه عبد الحمید بن سعید (۴)قال:

«سألت أبا الحسن الرضا(علیه السلام)عن رجل قتل و علیه دین و لم یترک مالا،فأخذ أهله الدیه من قاتله،أ علیهم أن یقضوا الدین؟قال:نعم،قال:

قلت:و هو لم یترک شیئا،قال:إذا أخذوا الدیه فعلیهم أن یقضوا عنه الدین».

ثم أجاب عن الروایه المذکوره بالمنع من الدلاله علی محل النزاع،قال:

أما أولا ـ فلاحتمال أن یکون القتل خطاء أو شبهه،و اما ثانیا فلان السؤال وقع عن أولیاء أخذوا الدیه،و نحن نقول بموجبه،فإن الورثه لو صالحوا القاتل علی الدیه وجب قضاء الدین منها انتهی.

---

۱ – ۱) الظاهر أن المراد بالطبرسی هنا هو الشیخ أبو منصور احمد بن أبی طالب الطبرسی صاحب الاحتجاج،فإنه صاحب هذه الکنیه،و لم أقف علی نقل قوله فی الفقه الا هذا المکان و سیأتی جمله من المواضع لفظ الطبرسی خاصه،و هو یحتمل للمذکور هنا و للشیخ ابی علی صاحب مجمع البیان-منه.

۲- ۲) سوره الإسراء الآیه ۳۳.

۳- ۳) سوره المائده الآیه ۴۵.

۴- ۴) التهذیب ج ۶ ص ۱۹۲.

أقول:ما أجاب به عن الروايه المذكوره جيد،الا أن إيراده هذه الروايه دليلا للشيخ رحمه الله عليه ليس فى محله،بل هنا روايه أخرى صريحه فيما ذهب اليه الشيخ،و الظاهر أنها هى المستند له فيما ذهب إليه فى نهايته.

و الذى وقفت عليه مما يتعلق بهذا المقام من الروايات منها ما رواه

فى التهذيب و الصدوق فى الفقيه عن أبى بصير (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قتل و عليه دين و ليس له مال،فهل لأوليائه أن يهبوا دمه لقاتله و عليه دين؟فقال:أن أصحاب الدين(هم الخصماء)للقاتل،و ان وهب أولياؤه دمه للقاتل ضمنوا الديه للغرماء، و الا فلا».

و رواه

الشيخ أيضا بطريق آخر عن أبى بصير (۲)ايضا مثله،الا انه قال:

« فان وهبوا أولياؤه ديه القاتل فهو جائز،و ان أرادوا القود ليس لهم ذلك،حتى يضمنوا الدين للغرماء،و الا فلا». و هذه الروايه هى التى أشرنا إليه بأنها دليل لما ذهب اليه الشيخ،قال فى الوافى فى ذيل هذا الخبر:انما جاز لهم الهبه و لم يجز القود حتى يضمنوا،لانه مع الهبه يتمكن الغرماء من الرجوع الى القاتل بحقهم،بخلاف ما إذا قيد منه.

أقول:ان الخبر الأول قد دل على أنهم يضمنون الدين مع الهبه أيضا،و يدل على ذلك أيضا الخبر الاتى،و مقتضاهما أن الورثه بالهبه يضمنون دين الغرماء،و أنه ليس لهم العفو بدون ذلك،و هو أحد الأقوال فى المسأله أيضا على ما نقله فى المسالك، فكيف يتم الحكم بجواز الهبه لهم،و رجوع الغرماء على القائل بالدين،كما يظهر من كلامه.

و العجب أنه نقل هذه الاخبار كلها فى باب واحد،و لم يتفطن لما ذكرناه،و لا يحضرنى وجه للجواب عن ذلك الا بأن تحمل الروايه على جواز الهبه فيما يخصهم من الديه،

ص:۱۸۰

۱- ۱) الفقيه ج ۴ ص ۱۱۹ التهذيب ج ۱۰ ص ۱۸۰ و فيه(هم الغرماء).
۲- ۲) التهذيب ج ۶ ص ۳۱۲.

إذا كان فيها زياده على الدين،كما يشير اليه كلام الشيخ فيما تقدم من عبارته،و قوله «و جاز لهم العفو بمقدار ما يصيبهم»فان حاصل كلامه أنهم ان لم يفعلوا ذلك أى ان لم يضمنوا الدين لم يكن لهم القود،بل تعين عليهم أخذ الديه،و جاز لهم العفو بمقدار ما يصيبهم من الديه بعد الدين،بحمل ذلك على زياده الديه على الدين.

و منها ما رواه

فى الفقيه عن محمد بن أسلم عن على بن أبى حمزه (۱)عن أبى الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام،قال:

«قلت له:جعلت فداك رجل قتل رجلا متعمدا أو خطأ و عليه دين و مال فأراد أولياؤه أن يهبوا دمه للقاتل؟فقال:ان وهبوا دمه ضمنوا الدين،قلت:فإنهم أرادوا قتله فقال:ان قتل عمدا قتل قاتله،و أدى عنه الامام الدين من سهم الغارمين،قلت:فان هو قتل عمدا و صالح أولياؤه قاتله على الديه فعلى من الدين؟على أوليائه من الديه أو على امام المسلمين؟فقال:بل يؤدوا دينه من ديته التى صالحوا عليها أولياؤه فإنه أحق بديته من غيره».

و أجاب الشهيد(قدس سره)فى كتاب نكت الإرشاد عن روايه أبى بصير التى بروايه الشيخ خاصه،لأنها هى المتضمنه لمحل البحث،بضعف السند و ندورها، فلا تعارض الأصول،و حملها الطبرسى المتقدم ذكره على ما إذا بذل القاتل الديه،فإنه يجب على الأولياء قبولها،و لا يجوز للأولياء القصاص الا بعد الضمان،حسبما قدمنا من نقل كلامه.

و أنت خبير بأن رد الخبر بضعف السند غير مرضى على رأينا و لا معتمد،و كذا ارتكاب تأويله من غير معارض،و لا معارض له الا ما نقلناه عنهم آنفا من العمومات، و الواجب تخصيصها به،إذ لا منافاه بين المطلق و المقيد و الخاص و العام،و هذا مقتضى قواعدهم فى غير مقام.

و يؤيد الخبير المذكور ما دل من الخبرين المذكورين،على أنه ليس لأولياء الدم هبته حتى يضمنوا الدين ايضا (۲).

ص :۱۸۱

۱- ۱) الفقيه ج ۴ ص ۸۳.

۲- ۲) وجه التأييد هو أن ظاهر هذه الاخبار مراعاه تقديم أداء الدين و براءه ذمه الميت،فليس لهم عفو عن الدم أو قصاص حتى يضمنوا الديه،إيثارا لبراءه ذمته و خلو عهدته من الدين،فلعل استيفاء القصاص و ان كان حقا لهم كما دلت عليه الآيات و الروايات،لكنه ينبغى فى تقييدها بغير صوره الدين مع انحصار المال فى الديه،كما هو فرض المسأله،فيجب أخذ الديه البته و مع عدم أخذها باختيار القصاص أو العفو عن الدم فيجب عليهم ضمانها كما ذكرنا منه-رحمه الله.

و إذا عرفت ذلک فاعلم ان الأشهر الأظهر أن الدیه فی حکم المال المقتول یقضی منها دینه و یقضی منه وصایاه و ترثها ورثته،و قیل انها لا تصرف فی الدین لتأخر استحقاقها عن الحیاه التی هی شرط الملک،و الدین کان متعلقا بالذمه حال الحیاه،و بالمال بعدها،و المیت لا یملک بعد وفائه.

و لا یخفی ما فیه،فإنه اجتهاد فی مقابله النصوص،و جرءه علی أهل الخصوص، و قد عرفت دلاله الروایات المتقدمه علی وجوب أداء الدین منها.

و نحوها ما رواه

فی الکافی فی الصحیح عن یحیی الأزرق (۱)و هو مجهول عن أبی الحسن علیه السلام

«فی رجل قتل و علیه دین و لم یترک مالا فأخذ أهله الدین من قاتله أ علیهم أن یقضوا الدین؟قال:نعم قال:قلت:و هو لم یترک شیئا،قال:قال:إنما أخذوا الدیه فعلیهم أن یقضوا دینه».

و نحوها روایه أخری له،و أصرح من ذلک ما ورد من الاخبار الداله علی انه یرثها الورثه علی کتاب الله و سنه نبیه (۲)صلی الله علیه و آله مثل صحیحه سلیمان بن خالد و صحیحه عبد الله بن سنان و صحیحه محمد بن قیس و فی بعضها عدم إرث الأخوات من الام من الدیه.

و بالجمله فإن القول المذکور ظاهر القصور،و قیل:أیضا بالفرق بین دیه الخطاء و دیه العمد،إذا رضی الوارث بها معللا بأن العمد انما یوجب القصاص، و هو حق للوارث فإذا رضی بالدیه کانت عوضا عنه،فکانت أبعد من استحقاق المیت

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۶۷ و ص ۲۴۵ الفقیه ج ۴ ص ۱۶۷.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۳۷۵.

من دیه الخطاء و فیه ما فی سابقه من الضعف و القصور،لعموم جمله من الاخبار المتقدمه و خصوص روایات أبی بصیر الثلاثه و لا سیما الأخیره لقوله فیها«بل یؤدوا دینه من دیته التی صالح علیها أولیاؤه فإنه أحق بدیته من غیره».

بقی الکلام فی أن خبر أبی بصیر الثالث ظاهر فی أنه مع اختیار الورثه القتل فی العمد فالدین علی الإمام یؤدیه عن المیت من سهم الغارمین،و خبره الثانی یدل علی انه علی الورثه کما هو فول الشیخ رحمه الله،و أنه لا یجوز لهم اختیار القتل الا بعد ضمان الدین،و یمکن الجمع بینهما بحمل الخبر الثالث علی وجود الامام و تمکنه من القیام بذلک و حمل الأخر علی عدم ذلک و الله العالم.

المسأله التاسعه:إذا جحد المدیون المال و لا بینه للمدعی

اشاره

فهنا صورتان

الاولی- أن یحلف المدیون

،و الأشهر الأظهر عدم جواز مطالبته،و ان أقام البینه بذلک،لان الیمین قد ذهب بحقه،و قد تقدمت الأخبار الداله علی ذلک فی المسأله الخامسه (1)من المقام الثانی من الفصل الأول فی البیع و أرکانه.

و قد ورد بإزائها من الاخبار ما یدل علی خلاف ذلک.و قد تقدم وجه الجمع بینها ثمه،و فی المسأله أقوال آخر شاذه (2)یأتی ذکرها إنشاء الله تعالی فی بابها.

نعم لو رجع الحالف بعد ذلک و أتی بالمال من قبل نفسه من غیر طلب، و أکذب نفسه فإنه یجوز قوله،صرح بذلک الشیخ فی النهایه،فقال:إذا جحد المدیون المال و لا بینه فحلفه المدعی عند الحاکم لم یجز له بعد ذلک مطالبته بشیء، فإن جاء الحالف ثانیا و رد علیه ماله جاز له أخذه،فإن أعطاه مع رأس المال ربحا أخذ رأس المال و نصف الربح انتهی.و به صرح ابن البراج.

1- 1) ج 18 ص 409.

2- 2) منها قول الشیخ بسماع البینه مطلقا،و قول آخر له فی موضع آخر بسماعها مع عدم علمه بها أو نسیانها،و الیه ذهب ابن إدریس،و قول آخر للشیخ المفید و هو انها تسمع الا مع اشتراط سقوطها-منه رحمه الله.

و قال ابن إدريس:ان كان المال دينا أو قرضا أو غصبا و اشترى الغاصب فى الذمه،و نقد المغصوب فالربح كله له دون المالك،و ان اشترى بالعين المغصوبه فالصحيح بطلان البيع،و الأمتعه لأصحابها،و الأرباح و الأثمان لأصحابها،و ان كان مضاربه شرط له من الربح النصف صح قول الشيخ و حمل عليه،و خص ما ورد من الاخبار بذلك،فان العموم قد يخص،للدلاله،و قال العلامه فى المختلف بعد نقل القولين المذكورين:أقول:الشيخ رحمه الله لم يتعرض لبيان مستحق الربح،و انما قال:إذا دفع الحالف المال و الربح أخذ المالك المال لاستحقاقه إياه،و أخذ نصف الربح من حيث ان الحالف أباحه الأخذ،و كان ينبغى ان يأخذ نصفه على عادات العاملين فى التجارات انتهى.

أقول:الذى وقفت عليه من الاخبار فى ذلك ما رواه

الصدوق و الشيخ فى كتابيهما عن مسمع (۱)قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:انى كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه فحلف لى،ثم انه جاءنى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى كنت استودعته إياه،فقال:هذا مالك فخذه،و هذه أربعه آلاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك،و اجعلنى فى حل فأخذت المال منه،و أبيت أن آخذ الربح منه،و وقفت المال الذى كنت استودعته،و أتيت حتى أستطلع رأيك فما ترى؟قال:فقال:

خذ نصف الربح،و أعطه النصف،و حلله ان هذا رجل تائب و الله يحب التوابين».

و بمضمونه أفتى الصدوق فى باب بطلان حق المدعى بالتحليف،و ان كان له بينه من كتاب الفقيه،فقال:متى جاء الرجل الذى حلف على حق ثانيا و حمل ما عليه ما ربح فيه فعلى صاحب الحق أن يأخذ منه رأس المال و نصف الربح،و يرد عليه نصف الربح،فان هذا رجل تائب انتهى.

و ما

فى كتاب الفقه الرضوى حيث قال عليه السلام،

و إذا أعطيت رجلا مالا فجحدك و حلف عليه ثم أتاك بالمال بعد مده و بما ربح فيه و ندم على ما كان منه فخذ منه رأس

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۱۸۰ الفقيه ج ۴ ص ۱۹۴.

مالک،و نصف الربح،و رد علیه نصف الربع هذا رجل تائب انتهی (۱).

ثم ان الظاهر ان مناقشه ابن إدریس هنا واهیه،و تخصیصه جواز الأخذ بالمضاربه و شرط نصف الربح أبعد بعید،فإنه لا یخفی أن المتعارف بین التجار کما هو الآن المعمول علیه بینهم فکذا فی الأزمنه السابقه أن الاشتراء انما یقع فی الذمه،فالبیع صحیح بلا اشکال،و الربح للمشتری بلا خلاف،و لکن الرجل لما قصد التوبه و ندم علی ما وقع منه ظن أن ما حصله من الربح بواسطه هذا المال انما هو لصاحب المال فاتی به لیطلب طیب نفسه،و أن یحلله و یبرئ ذمته،و الامام علیه السلام أمره بأخذ رأس المال لانه حقه فی ذمته،و ان لم یجز له المطالبه به بعد الرضا بالیمین،فلما بذله الرجل و اعترف به جاز له أخذه و امره بأخذ نصف الربح فی مقابله تحلیله و إبراء ذمته و رضاء نفسه لا تکون ذلک حقا شرعیا،فهو من قبیل الصلح علی ذلک،و انما خصه بالنصف إیثارا للرجل المدیون من حیث توبته،و أن الله تعالی یحبه من هذه الجهه،فینبغی أن یسامحه له نصف الربح،و ان کان هو قد سمح بالربح،هذا هو الظاهر من سیاق الخبرین (۲)المذکورین.

ثم ان الظاهر من کلام الأصحاب أنه لو أکذب نفسه و ان لم یأت بالمال فإنه یجوز مطالبته،و تحل مقاصته مما یجده الغریم من أمواله متی امتنع من التسلیم، و لم أقف فیه علی نص:و مورد الروایتین المتقدمتین انما هو بذل المدیون المال، و الإتیان به،بل ربما ظهر من روایه المسئله-الداله علی أنه إذا استحلفه فلیس

۱- ۱) أقول:قال علیه السلام فی کتاب الفقه بعد هذا الکلام بیسیر فإن أتاک الرجل بحقک بعد ما حالفته من غیر ان تطالبه،فان کنت مؤسرا أخذته فتصدقت به،و ان کنت محتاجا أخذت لنفسک،و الظاهر حمله علی الاستحباب جمعا بینه و بین کلامه المذکور فی الأصل-منه رحمه الله.

۲- ۲) هذا الأمر هنا مفهوم من سیاق الکلام و ان لم یقع التصریح به فی الخبر الا أنه ظاهر بغیر اشکال منه رحمه الله.

له أن يأخذ منه شيئا،و ان لم يستحلفه فهو على حقه-هو عدم الجواز،لأنها شامله بإطلاقها لما لو أكذب نفسه،أو بقى على إنكاره،نعم خرج منها مورد النص المذكور من إعطائه المال من قبل نفسه،و يبقى ما عداه و الى ما ذكرنا يشير كلام صاحب الكفايه (۱).

الثانيه-أن يجحد نفسه و يتعذر استيفائه منه

،و لا إشكال فى جواز الأخذ منه مقاصه،و ان أمكن إقامه البينه بالحق عند الحاكم،و قيل:بعدم الجواز مع إمكان الإثبات عند الحاكم الشرعى،و قد تقدم تحقيق فى هذا المقام فى المسأله المشار إليها فى صدر هذا الكلام مفصلا جليا و الله العالم.

المسأله العاشره-من المستحبات فى هذا الباب

اشاره

هو أنه يستحب للغريم

الإرفاق بالمديون فى الاقتضاء و المسامحه فى الحساب و عدم الاستقضاء

،و يدل على ذلک ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن حماد بن عثمان (۲)قال:

«دخل رجل على أبى عبد الله عليه السلام فشكى اليه رجلا من أصحابه فلم يلبث أن جاء المشكو فقال له:

أبو عبد الله عليه السلام ما لأخيک فلان يشكوک؟فقال له:يشكونى أنى استقضيت منه حقى قال:فجلس مغضبا فقال:كأنک إذا استقضيت حقک لم تسئ أ رأيت ما حكى الله تعالى فى كتابه فقال «وَ يَخٰافُونَ سُوءَ الْحِسٰابِ» (۳)أ ترى أنهم خافوا الله أن يجور عليهم،لا و الله ما خافوا الا الاستقضاء فسماه الله عز و جل سوء الحساب،فمن استقضى

۱- ۱) حيث قال:قالوا و لو أكذب نفسه جاز مطالبته،و حل مقاصته مما يجده له مع امتناعه من التسليم،لتصادقها على بقاء الحق فى ذمه الخصم،لكن ظاهر الروايات المذكوره على خلافه انتهى،و ممن صرح بالحكم المنقول عنهم(رضوان الله عليهم)المحقق فى الشرائع،فقال:أما لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته، و حل مقاصته مما يجد له مع امتناعه من التسليم-منه رحمه الله.
۲- ۲) التهذيب ج ۶ ص ۱۹۴ الكافى ج ۵ ص ۱۰۱.
۳- ۳) سوره الرعد الآيه-۲۳.

فقد أساء». و روی العیاشی فی تفسیره عن حماد بن عثمان (۱)مثله

و روی الصدوق فی کتاب معانی الاخبار عن حماد بن عثمان (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام

أنه قال:لرجل یا فلان مالک و لأخیک؟قال:جعلت فداک کان لی علیه شیء فاستقضیت علیه حقی فقال أبو عبد الله علیه السلام:أخبرنی عن قول الله عز و جل «یَخٰافُونَ سُوءَ الْحِسٰابِ» أ تریهم یخافون أن یحیف الله علیهم أو یظلمهم و لکن خافوا الاستقضاء و المداقه».

و ما رواه

فی الکافی (۳)عن محمد بن یحیی رفعه الی أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

قال له رجل:ان لی علی بعض الحسنیین مالا و قد أعیانی أخذه و قد جری بینی و بینه کلام،و لا آمن أن یجری بینی و بینه ما اغتم له،فقال له أبو عبد الله علیه السلام لیس هذا طریق التقاضی،و لکن إذا أتیته فاطل الجلوس،و الزم السکوت قال الرجل:فما فعلت ذلک الا یسیرا حتی أخذت مالی».

و منها الانظار و التحلیل

-و یدل علی الأول بعد الآیه أعنی قوله عز و جل (۴)وَ إِنْ کٰانَ ذُو عُسْرَهٍ فَنَظِرَهٌ إِلیٰ مَیْسَرَهٍ »-الأخبار

فروی فی الکافی عن معاویه بن عمار (۵)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«من أراد أن یظله الله یوم لا ظل الا ظله،قالها ثلاثا و هابه الناس أن یسألوه فقال:فلینظر معسرا أو یدع له من حقه». و بهذا المضمون أخبار عدیده فی کتاب ثواب الأعمال.

و روی فی التهذیب عن إبراهیم بن عبد الحمید (۶)فی الصحیح قال:

« قلت لأبی عبد الله علیه السلام:ان لعبد الرحمن بن سیابه دینا علی رجل قد مات،و کلمناه أن یحلله فأبی،قال:ویحه أما یعلم أن له بکل درهم عشره دراهم إذا حلله،فان لم یحلله فإنما له درهم بدرهم».

۱- ۱) الوسائل الباب ۱۶-من أبواب الدین و القرض.

۲- ۲) الوسائل الباب ۱۶-من أبواب الدین و القرض.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۰۱.

۴- ۴) سوره البقره الآیه ۲۸۰.

۵- ۵) الکافی ج ۴ ص ۳۵.

۶- ۶) التهذیب ج ۶ ص ۱۹۵ الفقیه ج ۳ ص ۱۱۷.

و أما ما رواه فی

التهذیب عن هیثم الصیرفی (۱)عن رجل عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل کان له علی رجل دین و علیه دین،فمات الذی علیه فسأل أن یحلله منه أیهما أفضل یحلله منه أو لا یحلله قال:دعه ذا بذا». فقیل:انه محمول علی ما إذا کان صاحب الدین معسرا عن أداء ما علیه من الدین،فإنه لعل الله أن یتیح له من یقضی دین ذلک المیت فیقضی به الحی دینه.

و منها حسن القضاء

،

فروی فی الفقیه مرسلا (۲)

«قال النبی صلی الله علیه و آله:لیس من غریم ینطلق من عند غریمه راضیا الا صلت علیه دواب الأرض،و نون البحور، و لیس من غریم ینطلق صاحبه غضبان و هو ملیء إلا کتب الله له بکل یوم یحبسه و لیله ظلما».

و روی فی الکافی عن أبی بصیر (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال رسول الله صلی الله علیه و آله:المدین ثلاثه،رجل کان له فأنظر،و إذا کان علیه أعطی و لم یمطل،فذاک له و لا علیه،و رجل إذا کان له استوفی،و إذا کان علیه أوفی فذاک لا له و لا علیه،و رجل إذا کان له استوفی،و إذا کان علیه مطل فذاک علیه و لا له».

و منها أن لا ینزل علی غریمه

،و لا یأکل طعامه و شرابه،فان فعل فلا یزید علی ثلاثه أیام،و أن یحتسب ما یهدیه الیه من دینه.

فروی فی الکافی و التهذیب عن جراح المدائنی (۴)عن ابی عبد الله علیه السلام

أنه کره أن ینزل الرجل علی الرجل و له علیه دین،و ان کان قد صرها له الا ثلاثه أیام».

و روی المشایخ الثلاثه نور الله تعالی مراقدهم،عن سماعه (۵)فی الموثق قال:

« سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل ینزل علی الرجل و له علیه دین أ یاکل من طعامه فقال:

نعم یأکل من طعامه ثلاثه أیام،ثم لا یأکل بعد ذلک شیئا».

۱- ۱) التهذیب ج ۶ ص ۱۸۹.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۱۱۳.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۹۷.

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۱۰۲ التهذیب ج ۶ ص ۲۰۴.

۵- ۵) الکافی ج ۵ ص ۱۰۲ التهذیب ج ۶ ص ۲۰۴.

و روی فی التهذیب عن جمیل بن دراج (۱)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یأکل عند غریمه أو یشرب من شرابه أو یهدی له الهدیه؟قال:لا بأس به».

و روی فی التهذیب عن الحلبی (۲)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه کره للرجل أن ینزل علی غریمه،قال:لا یأکل من طعامه،و لا یشرب من شرابه،و لا یعتلف من علفه».

و روی فی الفقیه (۳)مرسلا قال:

«و سئل أبو جعفر علیه السلام عن الرجل یکون له علی الرجل الدراهم و المال،فیدعوه الی طعامه أو یهدی له الهدیه قال:

لا بأس».

و روی فی الکافی و التهذیب عن غیاث بن إبراهیم (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام

«ان رجلا أتی علیا فقال له:ان لی علی رجل دینا فأهدی الی هدیه فقال علیه السلام:احسبه من دینک علیه».

أقول:المستفاد من هذه الاخبار-بعد ضم بعضها الی بعض بحمل مطلقها علی مقیدها و مجملها علی مبینها و به صرح الأصحاب أیضا-هو کراهه النزول علی الغریم مطلقا،و ان کانت الثلاثه أخف کراهه و هی و ان کانت سنه بالنسبه إلی الضیف النازل علی أهل البلد،لکن فی غیر صوره الدین،و المنقول عن الحلی التحریم فیما زاد علی الثلاثه،و یحتمل خروج الثلاثه من الکراهه بالنظر الی ما قلناه،و تخصیصها بما عدا الثلاثه،و أنه،یستحب احتساب الهدیه من الدین،کما قدمنا ذکره فی صدر الکلام.

و مثل روایه غیث فی الدلاله علی ذلک مفهوم روایه هذیل بن حیان الصیرفی المتقدمه فی الموضع الأول من المقصد الأول فی القرض،و قوله فیها«ان کان یصلک

۱- ۱) التهذیب ج ۶ ص ۲۰۴.
۲- ۲) التهذیب ج ۶ ص ۲۰۴.
۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۱۸۱.
۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۱۰۳.

قبل أن تدفع اليه مالك فخذ ما يعطيك»فان مفهومه المنع من قبول ذلك لو لم يكن كذلك،و قد قدمنا ثمه بيان حمله على الكراهه،و الاستحباب أن يحسبه من الدين قال فی الدروس:و يستحب احتساب هديه الغريم من دينه،للروايه عن على عليه السلام و يتأكد فيما لم يجر عادته به انتهى.و الظاهر أنه أشار بقوله و يتأكد الى آخره الى ما ذكرنا من روايه هذيل بن حبان،فإنها هى المتضمنه لذلك مما وصل إلينا من الاخبار.

و كيف كان فما ذكرناه من كراهه النزول ينبغى حمله على ما لم يظهر من المديون كراهه النزول عليه،و التأذى بالجلوس عنده و أكل طعامه،و الا فلا يبعد التحريم، و الاحتياط لا يخفى.

و منها ترك التعرض للمديون فی الحرم

و قد تقدم تحقيق الكلام فی هذا المقام فی المسأله الثالثه من هذا المقصد.

و منها استحباب التقصير على نفسه لأجل التوصل إلى أداء دينه

،و به يجمع بين ما دل من الاخبار على وجوب ذلك،كروايتى سماعه المتقدمتين فی صدر هذا الكتاب، و بين ما دل على العدم،كروايه أبى موسى و روايه موسى بن بكر و مرسله على بن إسماعيل المتقدم جميعه ثمه (۱).

قال فی الدروس:و يجب على المديون الاقتصاد فی النفقه،و يحرم الإسراف، و لا يجب التقتير،و هل يستحب؟الأقرب ذلك إذا رضى عياله.

و منها استحباب الاشهاد على الدين

فروى فی الكافى عن جعفر بن إبراهيم (۲)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«أربعه لا يستجاب لهم دعوه،الرجل جالس فی بيته يقول اللهم ارزقنى،فيقال له:أ لم آمرك بالطلب،و رجل كانت له امرأه فدعا عليها، فيقال له:أ لم أجعل أمرها إليك،و رجل كان له مال فأفسده،فيقول:اللهم ارزقنى، فيقال:أ لم آمرك بالاقتصاد،أ لم آمرك بالإصلاح،ثم قال:

۱- ۱) ص ۱۰۰.
۲- ۲) أصول الكافى ج ۲ ص ۵۱۱.

«وَ الَّذِینَ إِذٰا أَنْفَقُوا لَمْ یُسْرِفُوا وَ لَمْ یَقْتُرُوا وَ کٰانَ بَیْنَ ذٰلِکَ قَوٰاماً» و رجل کان له مال فأدانه بغیر بینه، فیقال له:أ لم آمرک بالشهاده».

و عن عمران بن أبی عاصم (۱)قال:

«قال أبو عبد الله علیه السلام أربعه لا یستجاب لهم دعوه،أحدهم رجل کان له مال فأدانه بغیر بینه،یقول:

الله عز و جل أ لم آمرک بالشهاده».

و عن عبد الله بن سنان (۲)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« من ذهب حقه علی غیر بینه لم یؤجر».

و منها استحباب ترک الاستدانه مع الاستغناء

و قد تقدمت الأخبار الداله علی ذلک فی صدر هذا الکتاب.

و منها انه یستحب أداء الدین علی الأبوین

و یتأکد بعد الموت،

فروی الحسین بن سعید فی کتاب الزهد عن محمد بن مسلم (۳)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«ان العبد لیکون بارا بوالدیه فی حیاتهما ثم یموتان فلا یقضی عنهما الدین و لا یستغفر لهما فیکتبه الله عاقا،و انه لیکون غیر بار لهما فی حیاتهما فإذا ماتا قضی عنهما الدین،و استغفر لهما،فیکتبه الله بارا،قال:و قال أبو عبد الله علیه السلام أن أحببت أن یزید الله فی عمرک فبر أبویک،و قال:البر یزید فی الرزق».

و عن سالم الحناط (۴)عن أبی جعفر علیه السلام قال:

قلت له:أ یجزی الولد الوالد؟قال:لا إلا فی خصلتین یجده مملوکا فیشتری فیعتقه،أو یکون علیه دین فیقضیه عنه». و رواه الکلینی و کذا الذی قبله.

المسأله الحادیه عشر -لو ضمن أحد عن المیت دینه

اشاره

،فالظاهر أنه لا خلاف فی أنه تبرأ ذمته و ینتقل المال إلی ذمه الضامن،سواء کان فی مرض الموت أو قبله أو بعده،و استدل علیه بأن الضمان ناقل فهو بمنزله الأداء،و المعتمد فی ذلک انما هو الاخبار المتفقه علی الحکم المذکور.

و منها ما رواه

ثقه الإسلام فی الکافی و الشیخ فی التهذیب فی الصحیح عن عبد الله

۱- ۱) الوسائل الباب-۱۰ من أبواب الدین.
۲- ۲) الوسائل الباب-۱۰ من أبواب الدین.
۳- ۳) الوسائل الباب-۳۰ من أبواب الدین.
۴- ۴) الوسائل الباب-۳۰ من أبواب الدین.

بن سنان (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام «فی الرجل یموت و علیه دین فیضمنه ضامن للغرماء،فقال:إذا رضی به الغرماء فقد برئت ذمه المیت».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب عن إسحاق بن عمار (۲)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یکون علیه دین فحضره الموت فیقول ولیه:علی دینک قال:

یبرؤه ذلک و ان لم یوفه ولیه من بعده،و قال:أرجو ان لا یأثم و انما إثمه علی الذی یحبسه».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن الحسین بن الجهم (۳)فی الموثق قال:

« سألت أبا الحسن علیه السلام عن رجل مات و له علی دین و خلف ولدا رجالا و نساء و صبیانا فجاء رجل منهم فقال:أنت فی حل مما لأبی علیک من حصتی،و أنت فی حل مما لإخوتی و أخواتی و أنا ضامن لرضاهم عنک،قال:تکون فی سعه من ذلک و حل،قلت:

فان لم یعطهم؟قال:ذلک فی عنقه،قلت:فان رجع الورثه علی؟فقالوا أعطنا حقنا فقال:لهم ذلک فی الحکم الظاهر،فأما ما بینک و بین الله عز و جل فأنت فی حل إذا کان الرجل الذی أحل لک یضمن لک عنهم رضاهم فیحتمل لما ضمن لک،قلت:

فما تقول فی الصبی لامه أن تحلل؟قال:نعم إذا کان لها ما ترضیه أو تعطیه،قلت:و ان لم یکن لها،قال:فلا،قلت:فقد سمعتک تقول:أنه یجوز تحلیلها،فقال:إنما أعنی بذلک إذا کان لها،قلت:فالأب یجوز تحلیله علی ابنه فقال له:ما کان لنا مع أبی الحسن علیه السلام أمر یفعل فی ذلک ما شاء،قلت:فان الرجل ضمن لی عن ذلک الصبی،و أنا من حصته فی حل فان مات الرجل قبل أن یبلغ الصبی فلا شیء علیه؟قال الأمر جائز علی ما شرط لک».

و أنت خبیر بأنه بالنظر الی هذه الاخبار لا اشکال فیما ذکرنا من الحکم المذکور،انما الإشکال فی أن المشهور اشتراط صحه الضمان برضا المضمون

ص: ۱۹۲

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۹۹ التهذیب ج ۶ ص ۱۸۷.

۲- ۲) التهذیب ج ۶ ص ۱۸۸.

۳- ۳) التهذیب ج ۹ ص ۱۶۷.

له،و نقل عن الشیخ العدم،و هذه الاخبار قد اختلفت فی ذلک،فظاهر صحیحه عبد الله بن سنان المذکوره بل صریحها الدلاله علی القول المشهور.

و ظاهر الخبرین الأخیرین الدلاله علی القول الأخر،و مثلهما أیضا فی الدلاله علی ذلک،ما رواه

الشیخ عن حبیب الخثعمی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت له:الرجل یکون عنده المال ودیعه یأخذ منه بغیر اذن صاحبه؟قال:لا یأخذ الا أن یکون له وفاء،قال:قلت:أ رأیت ان وجد من یضمنه و لم یکن له وفاء و أشهد علی نفسه الذی یضمنه یأخذ منه؟قال:نعم».

قال فی الوافی یعنی و أشهد الضامن علی نفسه بأنه ضامن،و ینبغی حمله علی ما إذا کان الضامن ملیا،لما تقدم فی موثقه الحسین بن الجهم،و المسأله لذلک محل اشکال،حیث أنه لا یحضرنی الان وجه یجمع به بین هذه الاخبار-

[فوائد فی موثقه الحسین بن الجهم]

ثم انه لا یخفی ان موثقه الحسین بن الجهم قد اشتملت علی فوائد لطیفه،و نکت شریفه یحسن التنبیه علیها فی المقام.

الفائده الأولی

-یفهم من الخبر المذکور أن الأحکام الشرعیه انما تبنی علی ما هو الظاهر دون الواقع و نفس الأمر،کما أشرنا إلیه فی غیر موضع مما تقدم، سیما فی کتب العبادات،فإنه حکم بجواز رجوع الورثه علیه فی الحکم الظاهر، و ان کان فی الواقع صار بریء الذمه بضمان الولی.

الفائده الثانیه

-فیه دلاله علی القاعده المشهوره من تقیید المطلق و تخصیص العام،حیث أنه بعد ان أفتی بأن تحلیل الام مشروط بأن یکون لها مال،قال له السائل:انی سمعت تقول أنه یجوز تحلیلها مطلقا،أجاب علیه السلام بأنی إنما أردت بذلک أن یکون لها مال،فصار فتواه فی هذا الخبر مخصصا لما أطلقه أولا مما سمعه الراوی قبل هذه المسأله.

الثالثه

-ما ذکره علیه السلام من جواز تحلیل الأب علی ابنه،لعله محمول علی الاستحباب،بمعنی أنه یستحب للابن الرضا بذلک،کما یشیر حکایته عن أبیه علیه السلام

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ١٨٠ الفقيه ج ٣ ص ١٩٤.

و أنه ليس لهم معه أمر،و أنه يفعل فی أموالهم ما يشاء،و قد تقدم تحقيق المسأله و أن الحق انه ليس للأب التصرف فی مال ابنه زياده علی النفقه الواجبه الا علی جهه القرض،و ان دل جمله من الاخبار علی الجواز مطلقا،مثل ظاهر هـذا الخبر، و قـد ذكرنا أن الأظهر حملها علی التقيه،و اما هذا الخبر فالظاهر حمله علی الاستحباب كما ذكرناه.

الرابعه

-فيه دلاله علی اشتراط أن يكون الضامن مليا لانه عليه السلام شرط فی تحليل الام أن يكون لها مال-و به صرح الأصحاب أيضا-إلا مع رضاء المستحق بضمان المعسر،فإنه يلزم أيضا،و يدل عليه حديث ضمان علی بن الحسين عليه السلام لدين عبد الله بن الحسن(۱).

الخامسه

-ظاهر الخبر المذكور و كذا خبر إسحاق بن عمار صحه الضمان بغير الصيغه التی اشترطها الأصحاب،حتی أن بعضهم صرح بأنه لو قال:علی دينه أو ما عليه علی،فإنه لا يوجب الضمان،لجواز إرادته أن للغريم تحت يده مال، أو أنه قادر علی تخليصه،مع أن موثقه إسحاق صريح فی براءه ذمته،لقوله علی دينك،و هو مما يؤيد ما قدمناه من سعه الدائره فی العقود الشرعيه.

المسأله الثانيه عشر [وجوب دفع جميع ما يملكه المديون فی الدين مع حلول الدين و طلب صاحبه]

-المفهوم من كلام الأصحاب(رضوان الله عليهم)أنه يجب علی المديون دفع جميع ما يملكه فی الدين مع حلول الدين و طلب صاحبه،و لا يجوز تأخيره و الحال هذه،فإن أخره كان عاصيا،و وجب علی الحاكم حبسه.

ص:۱۹۴

و يستثنى له من ما يملكه دار السكنى،و عبد الخدمه و فرس الركوب ان كان من أهلهما،و قوت يوم و ليله له و لعياله،و ثياب تجمله،و كذا ثياب عياله،و زاد بعض استثناء كتب العلم.

و لعل مستندهم فى الحكم الأول عموم أدله وجوب أداء الدين و إبراء الذمه من أموال الناس مع القدره و التمكن،و كأنه مجمع عليه بينهم،بل قيل:بين المسلمين و حينئذ فلا بد لكل ما استثنى من دليل،فأما دار السكنى فنقل فى التذكره إجماع علمائنا على عدم جواز بيعها،خلافا للعامه.

و يدل على ذلك جمله من الاخبار،منها ما رواه

فى الكافى عن عثمان بن زياد (۱)قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:ان لى على رجل دينا و قد أراد أن يبيع داره فيقضينى فقال له أبو عبد الله عليه السلام:أعيذك بالله ان تخرجه من ظل رأسه،أعيذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه،أعيذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه».

و ما رواه

فى الفقيه و التهذيب عن إبراهيم بن هاشم (۲)

«أن محمد بن أبى عمير كان رجلا بزازا فذهب ماله و افتقر،و كان له على رجل عشره آلاف درهم فباع دارا له كان يسكنها بعشره آلاف درهم،و حمل المال الى بابه فخرج اليه محمد بن أبى عمير فقال:ما هذا فقال:هذا مالك الذى لك على قال:ورثته؟قال:

لا،قال:وهب لك؟قال:لا،قال:فهل هو ثمن ضيعه بعتها؟قال:لا،قال:فما هو؟قال:بعت دارى التى أسكنها لأقضى دينى،فقال:محمد بن أبى عمير حدثنى ذريح المحاربى عن ابى عبد الله عليه السلام قال:لا يخرج الرجل عن مسقط رأسه بالدين،ارفعها فلا حاجه لى فيها، و الله انى لمحتاج فى وقتى هذا الى درهم واحد،و ما يدخل ملكى منها درهم واحد».

و ما رواه

فى الكافى عن الحلبى (۳)فى الصحيح أو الحسن عن أبى عبد الله

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۹۷ لكن فيه مره واحده(أعيذك بالله)الى آخره.

۲- ۲) التهذيب ج ۶ ص ۱۹۸ الفقيه ج ۳ ص ۱۱۷.

۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۹۸.

علیه السلام قال: «لا تباع الدار و لا الجاریه فی الدین،و ذلک أنه لا بد للرجل من ظل یسکنه و خادم یخدمه».

و ما رواه

الشیخ عن مسعده بن صدقه (۱)قال:

«سمعت جعفر بن محمد علیهما السلام یقول و سئل عن رجل علیه دین و له نصیب فی دار و هی تغل غله فربما بلغت غلتها قوته،و ربما لم تبلغ حتی یستدین،و ان هو باع الدار و قضی دینه بقی لا دار له؟ فقال:ان کان فی داره ما یقضی به دینه و یفضل منها ما یکفیه و عیاله فلیبع الدار و الا فلا».

و عن ذریح المحاربی (۲)فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام أنه قال:

لا یخرج الرجل من مسقط رأسه بالدین.

و قال الصدوق:کان شیخنا محمد بن الحسن رضی الله عنه (۳)

«یروی انه ان کانت الدار واسعه یکتفی صاحبها ببعضها فعلیه أن یسکن منها ما یحتاج و یقضی ببقیتها دینه،و کذا ان کفته دار بدون ثمنها باعها و اشتری بثمنه دارا لیسکنها و یقضی بباقی الثمن دینه».

و هذه الروایات کما تری ظاهره فی استثناء الدار کما ذکره الأصحاب، و دلت صحیحه الحلبی أو حسنته علی استثناء الجاریه أیضا،و فی معناها العبد أیضا، و لعل ذکر الجاریه إنما خرج مخرج التمثیل.

و الظاهر أن الاستثناء انما هو بالنسبه الی ما یجب علیه من وجوه الأداء،بمعنی أنه لا یجب علیه بیع داره لوفاء دینه،و لا یجبره الحاکم علی ذلک،أو یبیع علیه قهرا،أما لو اختار هو قضاء دینه ببیع داره فالظاهر أنه لا مانع منه،و أما حدیث ابن ابی عمیر و امتناعه من القبول،فالظاهر أنه لمزید ورعه و تقواه،فعلی هذا ینبغی أن یحمل کلام الأصحاب بقولهم لا یجوز بیع الدار و نحوها علی ما ذکرناه بمعنی أنه لا یقهر علی ذلک و یلزم به.

۱- ۱) التهذیب ج ۶ ص ۱۹۸.
۲- ۲) الفقیه ج ۲ ص ۱۱۸.
۳- ۳) الفقیه ج ۲ ص ۱۱۸.

و أما ما رواه

الشيخ بسنده عن سلمه بن كهيل (۱)قال:

«سمعت عليا عليه السلام يقول لشريح:انظر الى أهل المعك و المطل و رفع حقوق الناس من أهل القدره و اليسار ممن يدلى بأموال المسلمين الى الحكام فخذ للناس بحقوقهم منهم،و بع فيها العقار و الديار،فانى سمعت رسول الله عليه السلام يقول:مطل المسلم الموسر ظلم للمسلم، و من لم يكن له عقار و لا دار و لا مال فلا سبيل عليه»الحديث.

و رواه الصدوق عن الحسن بن محبوب عن عمر بن أبى المقدام عن أبيه عن سلمه بن كهيل (۲)مثله،فقيل انه مخصوص بالغنى إذا أمطل و أخفى ماله،و احتمل فيه أيضا الحمل على ما يزيد على قدر الحاجه،و الأقرب عندى الحمل على التقيه كما يفهم من عباره التذكره المتقدمه،و ممن نقل عنه ذلك لشريح المذكور فى هذا الخبر،الشافعى و مالك فى تتمه الخبر-مما لم نذكره-ما يساعد على هذا الاحتمال أيضا (۳).

و ما نقله الصدوق عن شيخه المذكور يدل عليه خبر مسعده بن صدقه (۴)و العمل به متجه،و لا منافاه فيه،لباقى أخبار المسأله لأن الظاهر منها كما يشير اليه

قوله عليه السلام فى خبر عثمان بن زياد

«أعيذك بالله أن تخرجه». الى آخره انما كونه مع بيع الدار يبقى بلا دار بالكليه»و اليه يشير أيضا قوله فى روايه الحلبى لا بد للرجل من ظل يسكنه.

و أما ما يدل على استثناء الخادم فالظاهر أنه الإجماع،مضافا الى روايه الحلبى

ص: ۱۹۷

۱- ۱) التهذيب ج ۶ ص ۲۲۵ الفقيه ج ۳ ص ۸.

۲- ۲) التهذيب ج ۶ ص ۲۲۵ الفقيه ج ۳ ص ۸.

۳- ۳) حيث قال فيه«ورد اليمين على المدعى مع بينته،فان ذلك اجلى للعمى و أثبت فى القضاء»فان اليمين لا محل لها هنا عندنا،لأن وظيفه المدعى البينه، فإذا أقام البينه ثبت حقه،و لا يكلف اليمين معها،و انما هو مذهب جمله من العامه، و احتمل بعض مشايخنا الاختصاص بشريح المخاطب بهذا الكلام حيث انه ليس أهل للقضاء-منه رحمه الله.

۴- ۴) التهذيب ج ۶ ص ۱۹۸.

المتقدمه،و اما غيرهما فلم أقف عليه فى شىء من الاخبار،و الظاهر انه من أجل ذلك اقتصر المحدث الكاشانى فى المفاتيح عليهما،مع أن عادته غالبا اقتفاء اثر المشهور فى هذا الكتاب،و لعل المستند فيه هو الضروره و الحاجه مع انه

قد روى فى الكافى عن عمر بن يزيد (۱)قال:

«اتى رجل أبا عبد الله عليه السلام يقتضيه و انا حاضر فقال له:

ليس عندنا اليوم شيء و لكن يأتينا خطر و وسمه فتباع و نعطيك إنشاء الله تعالى فقال له الرجل:عدنى فقال له:كيف أعدك و انا لما لا أرجو أرجى منى لما أرجو».

و أنت خبير بما فى هذا الخبر من الدلاله على التوسعه و عدم ما ذكروه من التضييق،فإنه يبعد كل البعد ان لا يكون له(عليه السلام)مال بالكليه سوى المستثنيات المذكوره،إذ المستفاد من الاخبار أنه كان ذا ثروه و أملاك و ان تعذر عليه النقد فى ذلك الوقت.

و يؤيده أيضا ما رواه

فى الكافى و التهذيب و الفقيه عن بريد العجلى (۲)فى الصحيح فى بعضها قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام:ان على دينار-و أظنه قال:- لأيتام-و أخاف ان بعت ضيعتى بقيت و ما لى شىء،فقال:لا تبع ضيعتك و لكن أعطه بعضا و أمسك بعضا». و احتمال انظار الولى له،أو انه عليه السلام رخص له لولايته العامه كما قيل الظاهر بعده،سيما انا لم نقف لهم لما ذكروه من التضييق هنا على الوجه المذكور فى كلامهم على دليل واضح من كتاب و سنه،و نحو صحيحه بريد المذكور فيما دلت عليه قوله عليه السلام

فى كتاب فقه الرضوى (۳)

«و ان كان له ضيعه أخذ منه بعضها،و ترك البعض إلى ميسره». على أنه مما يبعد كل البعد استثناء مثل الخادم و الفرس و نحوهما مما تقدم مع عدم جواز أزيد من قوت يوم و ليله،مع أن القوت أضر،و بالجمله فالمسأله لا يخلو من شوب الإشكال (۴).

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۹۸ التهذيب ج ۶ ص ۱۸۶.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۹۸ التهذيب ج ۶ ص ۱۸۷.

۳- ۳) المستدرك ج ۲ ص ۴۹۱.

۴- ۴) أقول و ملخص ما ذكر أنه مع ثبوت المنع من بيع هذه الأشياء فى الدين و استثنائها لأجل الضروره،أو لورود النص فى بعضها لا يدل على وجوب بيع ما سواها فى الدين،كما ادعوه،لما عرفت من حديث الصادق عليه السلام مع غريمه، و نحوه الذى بعده،فإنه لو كان الأمر كما ذكروه لم يتجه لما دل عليه هذان الخبران من حمل يحملان عليه منه رحمه الله.

و أما ما تقدم من أنه مع القدره على الوفاء و المقابله بالمطل فإنه يحبس،فيدل عليه ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن عمار بن موسى (۱)فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«كـان أمير المؤمنين عليه السـلام يحبس الرجـل إذا التوى على غرمائه ثم يأمر فيقسم ماله بينهم بالحصـص،فان أبى باعه فيقسـمه بينهم يعنى ماله».

و عن غياث (۲)

«عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام،انه كان يحبس بالدين فإذا تبين له إفلاس و حاجه خلى سبيله حتى يستفيد مالا». و فى معناهما أخبار أخر.

و ما رواه

فى التهذيب عن السكونى (۳)عن جعفر عن أبيه عليهما السلام

أن عليـا عليه السـلام،كـان يحبس فى الـدين ثم ينظر فان كان له مال اعطى الغرماء،و ان لم يكن له المال دفعه الى الغرماء فيقول لهم اصنعوا به ما شئتم،ان شئتم آجروه و ان شئتم استعملوه». الحديث هذا-و لا يخفى ما فيه.

أمـا مـا دل عليه خبر السـكونى من أنه دفعه الى الغرمـاء ليؤجروه أو يسـتعملوه مع ظهور إفلاسه،ظـاهر المنافـاه لمـا دل عليه خبر غيـاث،و مـا فى معنـاه من أنه يخلى سبيله حتى يسـتفيد مالاـ و ظـاهر جمله من الأصـحاب حمـل خبر السـكونى على من يمكنه التكسب و أنه مع إمكان ذلک يجب عليه،و هو أحد القولين فى المسأله،و به قال ابن حمزه و العلامه فى المختلف و الشـهيد فى الدروس (۴)و منع ذلک الشيخ فى الخلاف

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۱۰۲ التهذيب ج ۶ ص ۱۹۱.
۲- ۲) التهذيب ج ۶ ص ۲۹۹.
۳- ۳) التهذيب ج ۶ ص ۳۰۰.
۴- ۴) قال فى الدروس:و يجب التكسب لقضاء الدين على الأقوى بما يليق بالمديون و لو كان بإجاره نفسه،و عليه تحمل الروايه عن على عليه السـلام و هـذا القول ظـاهره ايضـا فى اللمعه،و ظـاهر شـيخنا الشـهيد الثـانى فى شـرحها،الا ان ظاهره فى المسالک خلاـف ذلـک،حيث انه نسب العمـل بالروايه الى ابن حمزه،و العلامه فى المختلف،و الشـهيد خاصه،لكنه قال:قيل ذلک بعـد أن نقـل عن جمـاعه من الأصـحاب أنهم أطلقوا عـدم وجوب التكسب عليه،و عـدم قبول الهبه،و لا الصـدقه و لا الوصـيه،و نحوها ما لفظه:و لو قيل بوجوب ما يليق بحاله كان حسـنا،و أنت خبير بأن هـذا قول الشـهيد فى الـدروس كما قـدمنا نقله عنه،و عليه حمل الروايه المـذكوره و مقتضـى مـا استحسـنه موافقته لهم على ذلـک،و هو لا يخلو من منافره لتخصـيصه العمل بالروايه إلى أولئک

الثلاثه خاصه كما لا يخفى،فإنه موافق لهم فى العمل بها على الوجه الذى ذكره فى الدروس منه رحمه اللّه.

و ابن إدريس لأصاله البراءه،و للايه و هی قوله عز و جل (۱)«وَ إِنْ کٰانَ ذُو عُسْرَهٍ فَنَظِرَهٌ إِلیٰ مَیْسَرَهٍ» أقول:و یدل علیه أیضا خبر غیاث المذکور.

و نحوه ما رواه

الصدوق و الشیخ مرسلا عن الأصبغ بن نباته (۲)عن أمیر المؤمنین(علیه السلام)فی خبر قال فیه:

«و قضی(علیه السلام)فی الدین أنه یحبس صاحبه،و ان تبین إفلاسه و الحاجه فیخلی سبیله حتی یستفید مالا».

و یؤید أیضا ما رواه

الشیخ عن السکونی (۳)

«عن جعفر عن أبیه عن علی علیه السلام أن امرأه استعدت علی زوجها أنه لا ینفق علیها و کان زوجها معسرا فأبی أن یحبسه،و قال إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ یُسْراً ». و التقریب فیه أنه لو وجب الاکتساب لأمره به،و حیث ان الشیخ فی الخلاف (۴)انما احتج بالآیه أجاب فی المختلف عنها

ص:۲۰۰

۱- ۱) سوره البقره الآیه-۲۸۰.

۲- ۲) التهذیب ج ۶ ص ۲۳۲ الفقیه ج ۳ ص ۱۹.

۳- ۳) التهذیب ج ۶ ص ۲۹۹.

۴- ۴) أقول ظاهر العلامه فی التذکره اختیار ما ذهب الیه الشیخ و ابن إدریس حیث،قال:إذا ثبت إعسار المدیون لم یجز حبسه،و لا ملازمته،و وجب إنظاره بقوله تعالی «وَ إِنْ کٰانَ ذُو عُسْرَهٍ فَنَظِرَهٌ إِلیٰ مَیْسَرَهٍ» ثم استدل بخبر من طریق العامه، و خبر غیاث المذکور فی الأصل منه رحمه الله.

بانا نمنع من إعسار المكتسب،و لهذا تحرم عليه الزكاه،و الظاهر أن له أن يجيب عن هذه الاخبار بالحمل على من لا يمكنه التكسب جمعا بينها و بين خبر السكونى المذكور الا أن الظاهر بعده،و المسأله لا تخلو من الاشكال و لا يحضرنى الآن مذهب العامه فى هذه المسأله،و لعل روايه السكونى إنما خرجت مخرج التقيه.

المسأله الثالثه عشر [فى أنه لا يباع الدين بالدين]

-الظاهر انه لا خلاف بينهم فى تحريم بيع الدين بالدين،و يدل،على ذلك من طريق الخاصه

روايه طلحه ابن زيد (١)عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«قال رسول الله صلى الله عليه و آله:لا يباع الدين بالدين».

و من طريق العامه (٢)ما رووه عن النبى صلى الله عليه و آله

«لا يجوز بيع الكالى بالكالى».

قال فى النهايه الأثيريه:أنه نهى عن بيع الكالى بالكالى اى النسيئه بالنسيئه و ذلك أن يشترى الرجل شيئا الى أجل فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضى به،فيقول بعنيه الى آخر بزياده شىء فيبيعه منه،و لا يجرى بينهما تقابض انتهى.

و الحكم مما لا إشكال فيه فى الجمله إلا أن الاشكال هنا فى موضعين أحدهما أن المفهوم من كلام أكثر أهل اللغه اختصاص اسم الدين بالمؤجل،و به صرح فى القاموس و الغريبين الا أن المفهوم من كتاب المصباح للفيومى على الحال،و قد تقدم ذلك فى آخر المسأله الثانيه من المقام الثانى فى أحكام السلم من الفصل العاشر فى السلم لا أن الظاهر من كلام الأصحاب هو ما صرح به فى القاموس.

و ثانيهما أن المشهور إطلاق الدين على ما يقع تأجيله فى العقد،و قيل:و هو

١- ١) الكافى ج ۵ ص ١٠٠.

٢- ٢) المستدرک ج ٢ ص ۴٩١.

اختيار شيخنا الشهيد الثانى بأنه مخصوص بما كان كذلك قبل العقد،و أما ما يقع فيه التأجيل بالعقد،فإنه لا يصدق عليه بيع الدين بالدين،و قد تقدم نقل ذلك فى الموضع المشار اليه آنفا،و كذا قبله فى الشرط السابع من شروط السلم.

و منع ابن إدريس من بيع الدين على غير المديون،استنادا الى دليل قاصر،و تقسيم غير حاصر،كما أوضحه شيخنا العلامه فى المختلف،و المشهور الصحه لعموم الأدله.

و قال فى الدروس:و لو كان الدين مؤجلا لم يجز بيعه مطلقا،و قال ابن إدريس:

لا خلاف فى تحريمه على من هو عليه،و يلزم بطريق أولى تحريمه على غيره، و جوز الفاضل بيعه على من هو عليه،فيباع بالحال لا بالمؤجل،و لو كان حالا جاز بيعه بالعين و الدين،و الحال لا بالمؤجل أيضا انتهى.

أقول:أما ما ذكره من عدم جواز بيع الدين المؤجل مطلقا،يعنى لا بحال و لا مؤجل فهو المشهور بينهم،لانه لا يستحقه قبل حلول الأجل و هو مذهب العلامه فى التذكره و وافقه فى المسالك الجواز و قد تقدم تحقيق ذلك فى المسأله الثانيه من المقام الثانى فى أحكام السلم.

و اما ما ذكره من أولويه التحريم على غير من هو عليه،بناء على ما ذكره ابن إدريس،فلأنه إذا امتنع فيمن عليه المال مع أنه مقبوض بالنسبه إليه فإن يمتنع فى غيره لعدم المقبوضيه أولى،الا أنه قد أجاب فى المسالك بأنه لا يشترط المقبوضيه حين العقد،بل يكفى إمكانه و تحققه بعد الحلول،و قد تقدم ذكر ذلك فى الموضع المشار اليه.

و أما اشتراط العلامه مع الجواز البيع بالحال لا بالمؤجل،فلانه بالمؤجل يدخل تحت بيع الدين بالدين،و أما البيع بالحال فلا مانع منع.الا ما يدعونه من عدم استحقاقه يومئذ،و اشتراط القبض وقت العقد،و فيهما ما عرفت كما أوضحه فى المسالك.

و أما أنه مع الحلول فإنما يجوز بالحال دون المؤجل،فالظاهر أنه مبنى على

ما قد قدمنا نقله عن المسالک من صدق اسم الدین علی المبیع قبل حلوله و بعده، کما تقدم نقله عنه فی الموضع المشار إلیه،فإنه یلزم علی ذلک بیع الدین بالدین المنهی عنه،و لم نقف لهم فی هذه الدعوی علی مستند،سیما مع تصریح أکثر أهل اللغه بأن الدین اسم للمؤجل خاصه،و موافقتهم علی ذلک فی الأثمان فلیتأمل المقام،فإنه حری بالتدبر التام و الله العالم.

المسأله الرابعه عشر [فی أنه لا یؤدی عن المدیون من سهم الغارمین الا مع إنفاقه فی غیر معصیه] :

اشاره

ظاهر الاخبار و هو ظاهر اتفاق کلمه الأصحاب أنه لا یؤدی عن المدیون من سهم الغارمین الا مع إنفاق الدین فی غیر معصیه،و أنه لا یعطی منه،و انما الخلاف فیما إذا جهل حاله،فقال الشیخ:انه کالثانی،و قال ابن إدریس:

بالأول،و به صرح الأکثر.

و نقل عن الشیخ أنه احتج بما رواه

فی الکافی عن محمد بن سلیمان (1)

«عن رجل من أهل الجزیره یکنی أبا(نجاد)قال:سأل الرضا علیه السلام رجل و أنا أسمع،فقال له:جعلت فداک ان الله عز و جل یقول «وَ إِنْ کٰانَ ذُو عُسْرَهٍ فَنَظِرَهٌ إِلیٰ مَیْسَرَهٍ» أخبرنی عن هذه النظره التی ذکرها الله عز و جل فی کتابه لها حد یعرف إذا صار هذا المعسر إلیه لا بد من أن ینظر؟و قد أخذ مال هذا الرجل و أنفقه علی عیاله، و لیس له غله ینتظر إدراکها،و لا دین ینتظر محله،و لا مال غائب ینتظر قدومه،قال:

نعم فینظر بقدر ما ینتهی خبره الی الامام،فیقضی عنه ما علیه من الدین من سهم الغارمین إذا کان أنفقه فی طاعه الله عز و جل،و ان کان أنفقه فی معصیه الله فلا شیء علی الامام له،قلت:فما لهذا الرجل الذی ائتمنه و هو لا یعلم فیما أنفقه فی طاعه الله عز و جل أم فی معصیته؟قال:یسعی له فی ماله فیرده علیه و هو صاغر».

و ردها الأکثر بضعف الاسناد فلا یمکن التعویل علیها فی إثبات حکم مخالف للأصل،لأن الأصل فی تصرفات المسلمین وقوعها علی وجه الصحه و المشروع،

1- 1) الکافی ج 5 ص 93 التهذیب ج 6 ص 185 فی الکافی و التهذیب یکنی أبا محمد.

و لان تتبع مصارف الأموال عسير.

أقول:قد سبق البحث فی هذه المسأله فی کتاب الزکاه من کتب العبادات و أوضحنا ثمه ان الروایه لا دلاله فیها علی ما ادعوه،من أنه لو جهل حال إنفاقه لم یدفع له من سهم الغارمین،فلیرجع الیه من أراد تحقیق الحال.

فروع:

الأول و الثانی [حبس المدیون و بطلان صلاته لو لم یؤد الدین]

مما فرعوه علی وجوب أداء الدین مع الحول و طلب صاحب و إمکان دفعه حبسه،کما تقدم،و بطلان صلاته ما لم یتضیق الوقت،قال فی التذکره إذا ثبت هذا فلو أصر علی الالتواء کان فاسقا لا تقبل شهادته،و لا تصح صلاته فی أول الوقت،بل إذا تضیق،و لا یصح شیء من الواجبات الموسعه المنافیه للقضاء فی أول وقتها،و کذا غیر الدین من الحقوق الواجبه کالزکاه و الخمس،و ان لم یطالب به الحاکم،لأن أربابها فی العاده یطالبون،و أیضا الحق لیس لشخص معین حتی یتوقف علی الطلب.

أقول لا یخفی أن ما ذکروه هنا مبنی علی ثبوت أن الأمر بالشیء یستلزم النهی عن ضده الخاص،و هو مما لم یقم علیه دلیل شرعی ان لم تکن الأدله قائمه علی عدمه،و قد تقدم الکلام فی ذلک فی مواضع من کتب العبادات،و بالعدم صرح جمله من المحققین،منهم شیخنا الشهید الثانی عطر الله مرقده.

الثالث [عدم الإثم لو مات و لم یتمکن من أدائه]

-الظاهر من جمله الاخبار أنه لو مات المدیون و لم یتمکن من القضاء أو تمکن و لکن لم یطالب بالحق،سواء خلف ما یقضی به عنه أو لم یخلف، و سواء قضی عنه أو لم یقض،و الحال أن عزمه و نیته کانت علی القضاء فی جمیع هذه الصور و کان مصرف الدین الذی علیه فی الأمور المباحه،فإنه لا یؤاخذ و لا یعاقب و أما مع عدم شیء من هذه القیود،فالظاهر الإثم و المؤاخذه و الملخص أنه فی جمیع ما ذکرنا أولا لا یجب الأداء،و علیه ترتب عدم المؤاخذه.

و مما یدل علی ما قلناه

روایه عبد الغفار الجازی (۱)المتقدمه فی صدر هذا المقصد

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۹۹ التهذیب ج ۶ ص ۱۹۱.

فیمن مات و علیه دین حیث قال علیه السلام: «ان کان أتی علی یدیه من غیر فساد لم یؤاخذه الله عز و جل إذا علم نیته»الخبر.

و فی صحیحه (۱)زراره المتقدمه ثمه أیضا

«فی الرجل علیه الدین لا یقدر علی صاحبه،و لا علی ولی له،قال:لا جناح علیه بعد أن یعلم الله منه أن نیته الأداء». .و نحو ذلک روایه نضر بن سوید (۲)و مجمل ذلک انه متی کان من نیته الأداء و اتفق موته علی أحد الوجوه المذکوره فإنه غیر مؤاخذ.

الرابع [وجب أداء الدین علی الإمام إذا لم یتمکن المدیون من أدائه] :

المفهوم من جمله من الاخبار انه متی لم یتمکن المدیون من أداء الدین وجب علی الامام ان یؤدی عنه من سهم الغارمین إذا کان قد أنفق ما استدانه فی طاعه أو فی مباح،فلو أنفقه فی معصیه لم یکن له ذلک.

و منها روایه«أبی نجاد»المتقدمه (۳)و منها روایه موسی بن بکر (۴)و قد تقدمت فی صدر هذا الکتاب.

و روایه صباح بن سیابه (۵)عن ابی عبد الله علیه السلام قال قال رسول الله صلی الله علیه و آله:

أیما مؤمن أو مسلم مات و ترک دینا لم یکن فی فساد و لا إسراف فعلی الامام ان یقضیه،و ان لم یقضه فعلیه اثم ذلک،ان الله تبارک و تعالی یقول «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاکِینِ» -الایه-فهو من الغارمین،و له سهم عند الإمام،فإن حبسه عنه فإثمه علیه».

و روایه أیوب بن عطیه الحذاء (۶)قال:

«سمعت أبا عبد الله علیه السلام یقول:کان

ص:۲۰۵

۱- ۱) التهذیب ج ۶ ص ۱۸۸ و قد قدمنا ان المراد من صحیحه زراره انما هو السؤال عن المؤاخذه لثبوت الذمه علی هذه الحال و عدمها،و أجاب علیه السلام بما یدل علی عدم المؤاخذه و الحال هذه منه رحمه الله.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۹۳ التهذیب ج ۶ ص ۱۸۳.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۹۳ و فی الکافی(أبا محمد).

۴- ۴) الکافی ج ۵ ص ۹۳ و فی الکافی(أبا محمد).

۵- ۵) المستدرک ج ۱ ص ۵۲۵.

۶- ۶) الوسائل الباب-۳-من أبواب ضمان الجریره الرقم-۱۴.

رسول الله صلى الله عليه و آله يقول:انا أولى بكل مؤمن من نفسه،و من ترك مالا فللوارث،و من ترك دينا أو ضياعا فالى و على». أقول الضياع بالفتح العيال.

و روايه عطاء (۱)عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قلت له:جعلت فداك ان على دينا إذا ذكرته فسد على ما انا فيه،فقال:سبحان الله أما بلغك أن رسول الله صلى الله عليه و آله كان يقول فى خطبته من ترك ضياعا فعلى ضياعه،و من ترك دينا فعلى دينه،و من ترك مالا(فأكله) فكفاله رسول الله صلى الله عليه و آله ميتا ككفالته حيا فقال الرجل:نفست عنى جعلنى الله فداك».

قيل انما كان له صلى الله عليه و آله يأكله لأنه وارث من لا وارث له،و ان معنى قوله نفست عنى لأنه علم به انه يقضى دينه بضمان النبى صلى الله عليه و آله على يد من شاء الله.

أقول:و ينبغى ان يزاد على ما ذكره انه ان لم يتفق الأداء فى الدنيا،فإنه صلى الله عليه و آله فى الآخره يقضيه عنه،و لو بإرضاء غريمه،و تعويضه كما يستفاد من بعض الاخبار.

و قال فى كتاب الفقه الرضوى (۲)

«فإن كان غريمك معسرا و كان أنفق ما أخذ منك فى طاعه الله فانظره إلى ميسره،و هو ان يبلغ خبره الى الامام فيقضى عنه،أو يجد الرجل طولا فيقضى دينه و ان كان أنفق ما أخذه منك فى معصيه الله فطالبه بحقك،فليس هو من أهل هذه الآيه».

أقول:و يحتمل بالنظر الى هذا الكلام منه عليه السلام فى هذا المقام حمل روايه السكونى الداله على دفعه الى الغرماء على ما إذا كان ما أخذه قد صرفه فى معصيه الله و انه لا يسامح و لا يترك مؤاخذه له بسوء عمله،و ان كان معسرا فإنه غير داخل تحت الآيه على الإنظار إلى ميسره،و تحمل تلك الروايات الداله على انه يخلى سبيله على ما إذا كان مصرف الدين فى طاعه أو مباح،و هو بمقتضى كلامه عليه السلام فى هذا الكتاب وجه حسن فى الجمع بين هذه الاخبار،الا ان الذى صرح به فى

۱- ۱) الوسائل الباب-۹-من أبواب الدين(فلأهله)نسخه.

۲- ۲) المستدرك ج ۲ ص ۴۹۳.

الدروس هو عموم وجوب الانظار،و هو ظاهر أكثر عباراتهم.

قال فى الكتاب المذكور و لا فرق فى وجوب انظار المعسر بين من أنفق بالمعروف و غيره،و قال الصدوق و لو أنفق فى المعصيه طولب و ان كان معسرا و فيه بعد،مع ان المنفق فى المعروف أوسع مخرجا بحل الزكاه له انتهى.

أقول الظاهر ان مستند الصدوق هنا فيما ذكره هو ما ذكره عليه السلام فى هذا الكتاب،كما أوضحناه عما يكشف عن وجهه نقاب الارتياب فى مواضع عديده من كتب العبادات،و قبله والده فى رسالته اليه.

و يمكن تأييده أيضا بما يشير اليه قوله عليه السلام فى روايه أبى نجاد المتقدمه، فيرد عليه ماله و هو صاغر،فان المراد بذلك-كما يعطيه سياق الخبر-انه مع الفقر و الاستحقاق،فإن الإمام يؤدى عنه من سهم الغارمين ان أنفق ما استدانه فى طاعه،و ان أنفق فى معصيه فلا شيء له على الامام،بل عليه ان يرد عليه ماله و هو صاغر،و هو كنايه عن عدم إنظاره كما لا يخفى،و انه يطالب و ان كان معسرا كما ذكره الصدوق.

و أما قوله فى الدروس مع أن المنفق فى المعروف أوسع مخرجا مشيرا به الى انه متى كان يجب إنظاره فى صوره تحل له الزكاه ففى الصوره التى لا تحل له بطريق اولى.

ففيه انه يمكن ان يقال ان وجوب المطالبه فى الصوره المذكوره،و عدم إنظاره انما وقع عقوبه له،و مؤاخذه بما فعله من الأمر الغير المشروع،كما قدمنا الإشاره إليه،فلا تثبت الأولويه بظهور الفارق.

الخامس [فى أنه يقضى على الغائب إذا قامت البينه] :

الظاهر انه لا خلاف فى انه يقضى على الغائب إذا قامت البينه، و لكن بالكفلاء و يكون الغائب على حجته.

و يدل عليه ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن محمد بن مسلم (1)عن أبى جعفر عليه السلام»قال:

الغائب يقضى عنه إذا قامت البينه عليه و يباع ماله و يقضى عنه و هو

١- ١) الكافى ج ۵ ص ١٠٢ التهذيب ج ۶ ص ١٩١.

غائب،و يكون الغائب على حجته إذا قدم،و لا يدفع المال إلى الذى أقام البينه إلا بكفلاء إذا لم يكن مليا».

و ذهب جمع من الأصحاب إلى ضم اليمين هنـا إلى البينه،كما فى الـدعوى على الميت،و الخبر كما ترى خال من ذلك،و ليس فى المسئله غيره فيما أعلم، و تعليلهم بما ذكروه من الوجوه التخريجيه.عليل.

السادس [عدم بطلان الحق بتأخير المطالبه] :

المعروف من كلام جل الأصحاب(رضوان الله عليهم)و به صرح جمله منهم أنه لا يبطل الحق بتأخير المطالبه،و ان طالت المده،و قال الصدوق من ترك دارا أو عقارا أو أرضا فى يد غيره فلم يتكلم و لم يطالب.و لم يخاصم فى ذلك عشر سنين فلا حق له.

و يدل عليه ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن يونس (۱)عن العبد الصالح عليه السلام قال:

«قـال:ان الأـرض لله عز و جـل جعلهـا وقفا على عباده،فمن عطل أرضا ثلاث سـنين متواليه بغير سـبب،أو عله أخرجت من يـده،و دفعت الى غيره،و من ترك مطالبه حق له عشر سنين فلا حق له».

و روى الشيخان المذكوران عن يونس (۲)أيضا عن رجل عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«من أخـذت منه أرض ثم مكث ثلاث سـنين لاـ يطلبهـا لاـ يحـل له بعـد ثلاـث سـنين أن يطلبهـا». و من ذكر هـذه المسأله من الأصحاب رد هذه الاخبار بضعف الاسناد حتى صاحب المفاتيح.

أقول:أما الكلام فى الأرض فهو محمول على أنها من أرض الخراج و قد تقدم البحث فيها فى المقدمه الرابعه من مقدمات كتاب البيع،و بيان هذه المسأله ثمه فليراجع.

و أما بالنسبه إلى ترك الحق عشر سنين كما دل عليه عجز الخبر الأول فإن مما يؤيده أيضا ما رواه

الشيخان المتقدمان عن على بن مهزيار (۳)قال:

«سألت أبا جعفر عليه السلام عن دار كانت لامرأه و كان لها ابن و ابنه،فغاب الابن فى البحر،و ماتت

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۲۹۷ التهذيب ج ۷ ص ۲۳۳.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۲۹۷ التهذيب ج ۷ ص ۲۳۳.
۳- ۳) التهذيب ج ۹ ص ۳۹۰ الكافى ج ۷ ص ۱۵۴.

المرأه فادعت ابنتها ان أمها كان صيرت هذه الدار لها،فباعت أشقاصا منها،و بقيت فی الدار قطعه الی جنب دار لرجل من أصحابنا و هو یکره أن یشتریها لغیبه الابن، و یتخوف من أن لا تحل له شراؤها،و لیس یعرف للابن خبر،فقال لی:و منذ کم غاب؟فقلت:منذ سنین کثیره،فقال:ینتظر به غیبته عشر سنین ثم یشتری،فقلت فإذا انتظرته غیبه عشر سنین حل شراؤها؟قال:نعم».

و طریق هذه الروایه و ان کان ضعیفا فی الکافی حیث أن فیه سهل بن زیاد، الا أنه فی التهذیب صحیح،لروایته لها عن علی بن مهزیار،و طریقه إلیه فی المشیخه صحیح،و هی ظاهره الدلاله فیما ذکره الصدوق من زوال حقه بعد عشر سنین، و هی و ان کان موردها الغائب الا أن ظاهرهم عدم الفرق فی ذلک بین الغائب و الحاضر،فان من ملک مالا لم یزل ملکه عنه بغیر ناقل شرعی و لم یعد هذا عندهم منها،و لم یفرقوا بین الغائب و الحاضر.

و به یظهر أن قول الصدوق قریب سیما مع ما عرفت،من أن الطعن بضعف الاسناد لیس عندنا بمحل من الاعتماد،الا أن ظاهر الشیخ المفید تخصیص هذا الخبر بالمفقود،حیث أن الأصحاب اختلفوا فی مال المفقود علی أقوال.

منها قول الشیخ المذکور بأنه بالنسبه إلی عقاره ینتظر به عشر سنین،و مع ذلک یکون البائع ضامنا درک الثمن،فان رجع المفقود خرج الیه من حقه، و بالسنه إلی سائر أمواله جوز اقتسام الورثه لها بشرط الملائه و الضمان علی تقدیر ظهوره،و استدل علی الأول بصحیحه علی بن مهزیار المذکوره،و علی الثانی بموثقه إسحاق بن عمار،و فی ما ذکره رحمه الله من الاستدلال فی کلا الموضعین بحث لیس هنا موضع ذکره،و سیأتی إنشاء الله تعالی فی محله.

و بالجمله فالمسأله غیر خالیه من شوب الاشکال لما عرفت و الله العالم:

السابع [جواز تعجیل بعض الدیون المؤجله بنقصان منها] :

یجوز تعجیل بعض الدیون المؤجله بنقصان منها بإبراء أو صلح أو بمد الأجل فی الباقی،و لا یجوز تأجیل منها بزیاده.

و یدل علی ذلک ما رواه فی الکافی و التهذیب عن أبان (۱)

فی الصحیح عمن حدثه عن أبی عبد الله(علیه السلام) قال:

«سالته عن الرجل یکون له علی الرجل الـدین فیقول له قبل أن یحل الأجل:عجل النصف من حقی علی أن أضع عنک النصف،أ یحل ذلک لواحد منهما؟قال:نعم».

و ما رواه

فی الکافی فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی (۲)عن ابی عبد الله (علیه السلام) قال:

«سئل عن الرجل یکون له دین إلی أجل مسمی فیأتیه غریمه فیقول له:انقـدنی کـذا و کـذا و أضع عنک بقیته،أو یقول:انقـدنی بعضه و أمـد لـک فی الأجـل فیمـا بقی علیـک؟قـال:لاـ اری به بأسـا انه لم یزدد علی رأس مـاله،قـال الله جـل ثناؤه «فَلَکُمْ رُؤُسُ أَمْوٰالِکُمْ لاٰ تَظْلِمُونَ وَ لاٰ تُظْلَمُونَ» .

و فی التهذیب

«الرجل یکون علیه الـدین». و هو أظهر و علی تقدیر هذه النسـخه کان اللام بمعنی علی،و قد تقدم ما یتعلق بهذا المقام أیضا فی المسأله العاشره من الفصل السادس.

الثامن [تقدم الکفن علی الدین] :

الظاهر انه لا خلاف فی ان الکفن مقدم علی الدین،و یدل علیه ایضا ما رواه

المشایخ الثلاثه(نور الله تعالی مراقدهم)فی الصحیح عن زراره (۳)قال:

« سألت أبا عبـد الله علیه السـلام عن رجل مات و علیه دین بقدر کفنه قال:یکفن بقدر ما ترک، الا أن یتجر علیه انسان فیکفنه،و یقضی بما ترک دینه».

و ما رواه

الشیخ عن إسماعیل بن ابی زیاد (۴)

«عـن جعفر عـن أبیه علیهمـا السـلام قـال:قـال رسـول الله صـلی الله علیه و آله:ان أول مـا یبـدأ به من المـال الکفن،ثم الـدین،ثم الوصیه،ثم المیراث».

و قال الرضا علیه السلام (۵)فی کتاب الفقه الرضوی:

«و إذا مـات رجـل عليه دين و لم يكن له الاـ قـدر مـا يكفن به كفن به،فـان تفضـل عليه رجـل بكفن،كفن به و يقضـی ما ترک دينه،و إذا مات رجل و عليه دين و لم يخلف شيئا فكفنه رجل من زكاه ماله،

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۵۸ التهذيب ج ۶ ص ۲۰۶.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۵۹ التهذيب ج ۶ ص ۲۰۷.

۳- ۳) التهذيب ج ۶ ص ۱۸۷ الفقيه ج ۴ ص ۱۴۳.

۴- ۴) التهذيب ج ۶ ص ۱۸۸.

۵- ۵) المستدرک ج ۱ ص ۱۰۸ مع اختلاف يسير.

فهو جائز له،فان اتجر علیه رجل آخر بکفن کفن من الزکاه و جعل الذی اتجر علیه لورثته یصلحون به حالهم لان هذا لیس بترکه المیت انما هو شیء صار إلیهم بعد موته و بالله الاعتصام».

أقول:فیه دلاله علی أن ما یصیر الی المیت بعد الموت و یوهب له لا یجب صرفه فی الدین،و یحل للورثه أکله،سیما مع الإعسار و الحاجه.

التاسع:یجوز القرض فی بلد مع شرط أن یقضیه فی بلد آخر

،و ادعی علیه فی التذکره الإجماع.

و علیه تدل جمله من الاخبار منها

صحیحه أبی الصباح (1)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یبعث مالا-إلی أرض،فقال الذی یرید ان یبعث به:أقرضنیه و انا أوفیک إذا قدمت الأرض قال:لا بأس بهذا»و فی التهذیب«یرید ان یبعث به معه».

و هو أظهر.

و عن زراره (2)فی الصحیح عن أحدهما علیهما السلام،

و یعقوب بن شعیب عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قلت:یسلف الرجل الرجل الورق علی أن ینقده إیاه بأرض أخری،و یشترط علیه ذلک؟قال:لا بأس».

و روی السکونی (3)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام:لا بأس أن یأخذ الرجل الدراهم بمکه،و یکتب سفاتج أن یعطوها بالکوفه».

أقول:السفاتج جمع سفتجه بالضم (4)و المراد أنه یدفع ماله لأحد فی

1- 1) التهذیب ج 6 ص 203.
2- 2) التهذیب ج 6 ص 203.
3- 3) الکافی ج 5 ص 256.
4- 4) قال فی مجمع البحرین فی حدیث محمد بن صالح الا رجل واحد کانت علیه سفتجه بأربعمائه دینار:السفتجه قیل بضم

السـين و قيل بفتحها و أما التاء فمفتوحه فيهما فارسـى معرب،و فسرها بعضهم فقال:هى كتاب صاحب المال لوكيله أن يدفع مالا قرضا يأمن به خطر الطريق،و فى الـدر السـفتجه كقرطبه أن تعطى مالا لأحـد و الآخـذه مال فى بلـد فيوفيه إياها ثم،فيستفيد آمن الطريق و فعله السفتجه بالفتح و الجمع «السفاتج»انتهى.منه.

بعض البلدان فيكتب ذلك المدفوع اليه كتابا بأن يدفع اليه ذلك المال فى بلد أخرى،و أن الكتاب بهذه الصوره يسمى سفتجه.

و صحيحه إسماعيل بن جابر (۱)عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«قلت له، ندفع الى الرجل الدراهم فاشترط عليه أن يدفعها بأرض أخرى سودا بوزنها، و أشترط ذلك؟قال:لا بأس».

قال بعض المحققين بعد ذكر الحكم المذكور و إيراد صحيحه يعقوب بن شعيب:هذا ظاهر،انما البحث فى أنه يلزم ذلك أم لا-؟بل يجوز له أن يطلب أينما يريد،ظاهر كلامهم فى عدم لزوم الأجل فى القرض-و ان القرض جائز دائما الا أن يشترط فى عقد لازم-الجواز،و مقتضى أدله لزوم الشرط عدمه،و كذا نفى الضرر إذا فرض،إذ قد يتعسر أو يكون قليلا فى بلد المطالبه دون بلد الشرط،و نحو ذلك من الضرر،و أما العكس فالظاهر أنه ليس بلازم،بل كان للمقترض دفع ذلك و يجب القبول،تأمل فى الفرق انتهى.

أقول:الظاهر من لزوم العقد بناء على القول به هو اللزوم من الطرفين،فكما أنه لا- يجوز للمقرض المطالبه فى غير ذلك المكان كما ذكره،كذلك لا يجوز للمقترض الدفع فى غيره،و حديث الضرر الذى ذكره جار أيضا فى الجانب الآخر،بل ربما كان أظهر فإن ظاهر هذه الاخبار أن الغرض من هذه المعامله المذكوره هو خوف المقرض على ماله بالسفر به الى تلك البلد،و هو مضطر الى نقله الى تلك البلاد على وجه لا- يحصل عليه،فدفعه الى ذلك الرجل ليدفعه له فى تلك البلد بنفسه أو وكيله أو سفاتج تكتب بينهم،فلو جوزنا للمقترض أن يدفع ذلك فى بلد القرض مثلا أو بلد أخرى غير البلد التى وقع الاشتراط عليها،لربما تضرر المقرض بإيصاله إلى

ص:۲۱۲

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۱۱۰.

تلک البلد باحتمال الخطر،و خوف الطریق فی السفر.

و بالجمله فلزوم العقد یقتضی تعلقه بالطرفین کما فی البیع و غیره،و ما ذکره من الفرق غیر ظاهر،بل الظاهر،انما هو عدمه،فإنه قضیه اللزوم کما عرفت و الله العالم.

العاشر [انتقال جمیع ما فی ذمه المقتول إلی ذمه قاتله] :

قد اشتهر بین جمله من الأصحاب وجود القول بأنه متی قتل أحد أحدا ظلما،فإنه ینتقل جمیع ما فی ذمه المقتول من الحقوق المالیه و غیرها الآدمیه الإلهیه إلی ذمه القاتل،و ربما نسب الی شیخنا الشهید(عطر الله مرقده)و ردوه بالضعف و عدم الدلیل،و قد وقفت فی بعض الأجوبه المنسوبه إلی السید العلامه السید ماجد البحرانی-المدفون بشیراز فی تحت قبه السید أحمد بن مولانا الکاظم علیه السلام المشهور بشاه چراغ-الجواب عن هذه المسأله بما هذه صورته حیث قال السائل:سیدنا ما قولکم فیمن قتل شخصا هل ینتقل کلما علی ذمه المقتول الی القاتل من الإلهیه و الآدمیه مالیه و غیرها؟فأجاب السید المشار الیه(قدس سره)بما لفظه أما انتقال ما علی المقتول إلی ذمه القاتل من الحقوق المالیه و الإلهیه فلا نعرف له وجها،و ان وجد فی بعض الفوائد منقولا عن بعض الأعیان انتهی.

أقول:و قد وقفت فی بعض الاخبار علی ما یدل بظاهره علی القول المذکور و هو ما رواه

شیخنا الصدوق(عطر الله مرقده)فی کتاب عقاب الأعمال بسنده عن الباقر علیه السلام قال (1):

من قتل مؤمنا أثبت الله علی قاتله جمیع الذنوب،و بریء المقتول منها،و ذلک قول الله عز و جل (2)«إِنِّی أُرِیدُ أَنْ تَبُوءَ بِإِثْمِی وَ إِثْمِکَ فَتَکُونَ مِنْ أَصْحٰابِ النّٰارِ» .

و هو کما تری صریح الدلاله فی انتقال الحقوق الإلهیه من ذمه المقتول إلی ذمه القاتل و به یظهر أن ما ذکره المفسرون فی معنی الآیه المذکوره نفخ فی

۱- ۱) ثواب الأعمال ص ۳۲۸ ط طهران.

۲- ۲) سوره المائده الآیه-۲۹.

غير ضـرام،المعتمـد عندنا فى تفسـير القرآن انما هو ما ورد عنهم عليهم السـلام حيث تأولوا الايه بتقدير مضاف،فى قوله «بِإِثْمِی» أی بإثم قتلی ان قتلتنی،و إثمک الذی کان منک قبل قتلی»أو المراد اثمی لو بسطت یدی إلیک،و إثمک ببسط یدک الی.

و مما یؤید القول المذکور أیضا بالنسبه إلی الحقوق المالیه ما رواه

فی الکافی بسند حسن عن الولید بن صبیح (۱)قال:

«جاء رجل الی أبی عبـد الله علیه السـلام یدعی علی المعلی بن خنیس دینا فقال:ذهب بحقی فقال أبو عبد الله علیه السـلام:ذهب بحقک الذی قتله،ثم قال للولید:قم الی الرجل فاقضه من حقه،فإنی أرید أن أبرد علیه جلده و ان کان باردا».

فـان ظـاهر قوله«ذهب بحقـک الـذی قتله»یعطی أن القاتـل هو المؤاخـذ بـذلک، و هو الـذی ذهب بحقه دون المقتول،و احتمال التجوز-باعتبار حیلوله القاتل بینه و بین أداء الدین بسبب قتله إیاه،فکأنه ذهب به-ان أمکن لکن ینافیه قوله علیه السلام أرید أبرد جلـده و ان کـان بـاردا فإنه انما یکون باردا ببراءه الـذمه من الـدین، الحال أنه لیس هنا شـیء موجب للبراءه سوی ما یـدعیه من القتل،و انما أراد الإمام بدفعه ذلک زیاده تبریده،و ان لم یستحق عنده شیئا.

و بالجمله فإن ظاهر الخبر هو ما قلناه و ارتکاب التأویلات-و ان بعدت و التکلفات و ان غمضت-غیر عسـیر الا أن الاستدلال انما بنی علی الظواهر،و ارتکـاب التأویـل إنما یلجئ الیه وجود معارض أقوی،و الحال أنه لیس هنا ما یعارض ذلک،بل الموجود انما هو مـا یؤیـده،و لاـ سـیما الاعتضـاد بظـاهر الآـیه،و الخبر المتقـدم،و بما ذکرنا یظهر أن المسأله لا یخلو عن شوب الاشکال،و الله سبحانه و أولیاؤه أعلم بحقیقه الحال.

ص: ۲۱۴

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۹۴.

المقام الثانی فی دین العبد

اشاره

[الأخبار فی المقام]

و الواجب أولا ـ نقل الأخبار الوارده فی هـذا المقام،ثم الکلام فیما ذکره الأصـحاب من الأحکام و ما یسـتفاد من کلامهم علیهم السلام الأول:ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن ظریف الأکفانی (۱)قال:

«کـان اذن لغلام لـه فی الشـراء و الـبیع فـأفلس و لزمـه دیـن، فأخـذ بـذلک الـدین الـذی علیـه،و لیس یسـاوی ثمنه مـا علیه من الدین،فسأل أبا عبد الله علیه السلام،فقال:ان بعته لزمک الدین و ان أعتقت لم یلزمک الدین،فأعتقه و لم یلزمه شیء».

الثانی:ما رواه

الشیخان المذکوران عن زراره (۲)فی الموثق قال:

«سألت أبا جعفر علیه السلام عن رجل مات و ترک علیه دینا و ترک عبدا له مال فی التجاره و ولدا، و فی ید العبد مال و متاع،و علیه دین استدانه العبد فی حیاه سـیده فی تجارته،فإن الورثه و غرماء المیت اختصموا فی ما فی ید العبد من المال و المتاع و فی رقبه العبـد، فقـال:اری أن لیس للورثه سبیـل علی رقبه العبـد،و لا ـ علی مـا فی یـده من المتاع و المال الا أن یضـمنوا دین الغرماء جمیعا فیکون العبـد و ما فی یـده من المال،للورثه، فإن أبوا کان العبـد و ما فی یـده للغرماء،یقوم العبد و ما فی یده من المال،ثم یقسم ذلک بینهم بالحصـص فان عجز قیمه العبـد و ما فی یـده عن أموال الغرماء رجعوا علی الورثه فیما بقی لهم ان کان المیت ترک شیئا،و ان فضل من قیمه العبد و ما کان فی یدیه عن دین الغرماء رد علی الورثه».

الثالث:ما رویا

عن أبی بصیر (۳)و الظاهر أنه لیث المرادی بقرینه روایه عاصم و حمید عنه فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام،قال:

«قلت له:رجل یأذن لمملوکه فی التجاره فیصیر دین علیه؟قال:ان کان أذن له أن یستدین؟فالدین علی

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۳۰۳ التهذیب ج ۶ ص ۱۹۹.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۳۰۳ التهذیب ج ۶ ص ۱۹۹.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۳۰۳ التهذیب ج ۶ ص ۲۰۰.

مولاه،و ان لم یکن أذن له أن یستدین؟فلا شیء علی المولی،و یستسعی العبد فی الدین.

الرابع:ما رواه

الشیخ فی الموثق عن وهب بن حفص (۱)عن أبی جعفر علیه السلام،قال:

«سألته عن مملوک یشتری و یبیع قد علم بذلک مولاه حتی صار علیه مثل ثمنه؟قال:یستسعی فیما علیه».

الخامس-ما رواه

الشیخ أیضا عن شریح (۲)قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام فی عبد بیع و علیه دین قال:دینه علی من أذن له فی التجاره،و أکل ثمنه».

السادس-ما رواه

بهذا الاسناد عن أشعث (۳)

«عن الحسن علیه السلام فی رجل یموت و علیه دین قد أذن لعبده فی التجاره،و علی العبد دین قال:یبدأ بدین السید».

السابع-ما رواه

عن روح بن عبد الرحیم (۴)

«عن أبی عبد الله علیه السلام،فی رجل مملوک استئجره مولاه فاستهلک مالا کثیرا،قال:لیس علی مولاه شیء و لکنه علی العبد،و لیس لهم أن یبیعوه،و لکن یستسعی و ان حجر علیه مولاه فلیس علی- مولاه شیء و لا علی العبد».

الثامن-ما رواه

عن أبی بصیر (۵)و الظاهر انه المرادی بقرینه الراوی فی الصحیح عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل یستأجر مملوکا فیستهلک مالا کثیرا فقال:

لیس علی مولاه شیء و لیس لهم ان یبیعوه،و لکن یستسعی و ان عجز عنه فلیس علی مولاه شیء و لا علی العبد شیء».

التاسع-ما رواه ایضا

عن ظریف (۶)بیاع الأکفان قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام

ص :۲۱۶

۱- ۱) التهذيب ج ۶ ص ۲۰۰.

۲- ۲) التهذيب ج ۸ ص ۲۴۸.

۳- ۳) التهذيب ج ۸ ص ۲۴۸.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۲۲۹.

۵- ۵) الوسائل الباب ۱۱-من أبواب كتاب الإجاره.

۶- ۶) التهذيب ج ۶ ص ۱۹۶.

عن غلام لی کنت أذنت له فی الشراء و البیع فوقع علیه مال للناس،و قد أعطیت به مالا کثیرا فقال أبو عبد الله علیه السلام:ان بعته لزمک ما علیه،و ان أعتقته فالمال علی الغلام و هو مولاک».

إذا عرفت ذلک فتحقیق القول فی هذا المقام یقع فی مواضع

الأول [صحه تملک العبد]

-قد تقدم ان الأصح هو ان المملوک یصح تملکه و ان کان محجورا علیه التصرف فیما یملکه بدون اذن السید،و بطریق الاولی تصرفه فی نفسه بإجاره أو استدانه أو نحو ذلک من الحقوق،فإنه لا یجوز بدون اذن السید (۱).

إذا عرفت ذلک فاعلم أنه لو أذن السید لعبده فی الاستدانه لنفسه،أی لنفس العبد،کان الدین لازما للمولی ان استبقاه أو باعه،و أما لو أعتقه فقیل:انه یستقر الدین فی ذمه العبد،و قیل:یکون باقیا فی ذمه المولی،و القولان للشیخ(رحمه الله) أولهما فی النهایه،و تبعه علیه جماعه منهم العلامه فی المختلف،و هو ظاهر الشهید فی اللمعه،و الثانی فی الاستبصار،و به قال ابن إدریس،و هو اختیار شیخنا الشهید الثانی فی المسالک،و الروضه،و هو الأظهر.

و أما لو کانت الاستدانه للسید،فلا خلاف فی کونه علیه دون العبد،کما ذکره فی المسالک،احتج القائلون بالقول الأول بالروایه الاولی و التاسعه،و أنت خبیر بأن غایه ما یدل علیه الخبران المذکوران هو الاذن فی التجاره،و هو لا یستلزم الاذن فی الاستدانه،کما دل علیه الخبر الثالث.

۱- ۱) قال فی کتاب النهایه إذا استدان العبد باذن مولاه،فان باعه أو مات لزم المولی قضاءه و ان أعتقه کان المال فی ذمه العبد،و لا یلزم المولی شیئا مما علیه انتهی. و أنت خبیر بأنه قد فرض المسأله فی استدانه العبد باذن المولی،و الروایتان اللتان استند إلیهما خالیتان من ذلک،و انما تضمنت الاذن فی التجاره،و به یظهر ضعف الاستدلال بهما فی المقام،مضافا الی مخالفه الأصول الشرعیه،فإنه متی کان مأذونا له فی الاستدانه،فأی فرق بین حال العتق و عدمه-منه رحمه الله.

و حينئذ فالخبران ليسا من محل البحث فى شىء،فلا يحتاج الى ردهما بمخالفه القواعد الشرعيه كما ذكره فى المسالك،بل ما تضمناه بناء على ما قلناه موافق للقواعد،إلا أنهما ليسا من محل البحث فى شيء،و مقتضاهما بناء على ما ذكرناه أن الدين انما هو على العبد حيث أنه لم يؤذن له فى الاستدانه كما صرح به فى الخبر الثالث.

و أنه انما يلزم المالك إذا باعه من حيث حيلولته بين أصحاب الدين و بين العبد ببيعه،لا من حيث أن المال لازم له بأصل الاذن فى التجاره،و الحال أنه لم يحصل الاذن فى الاستدانه كما عرفت.

و مما يدل على لزوم ذلك للمولى فى صوره البيع خبر شريح،مع قضيه الاذن فى التجاره خاصه،و ليس ذلك الا لما قلناه،لما عرفت من أن الاذن فى التجاره لا يستلزم الاذن فى الاستدانه،فلا وجه لكونه على المولى الا من هذه الجهه المذكوره.

و أما الاستدلال على هذا القول

بروايه عجلان (۱)عن الصادق عليه السلام

«فى رجل أعتق عبدا و عليه دين،قال:دينه عليه،لم يزده العتق الا خيرا». و استدل به العلامه فى المختلف فلا دلاله فيه،لإمكان حمله على الاستدانه بغير اذن المولى كما ذكرنا فى ذينك الخبرين.

و بالجمله فإن الاستدانه إن وقعت باذن المولى سواء كانت للمولى أو للعبد فالغرم على المولى،و الا فهو على المملوك،و يعضده ما ذكره فى المسالك من أن العبد هنا بمنزله الوكيل،و إنفاقه المال على نفسه فى المعروف باذن المولى إنفاق لمال المولى،فيلزمه كما لو لم ينعتق.

و بذلك يظهر أن ما ذهب اليه الشيخ-و من تبعه هنا من تخصيص كون الدين على العبد فى صوره العتق دون صوره الاستبقاء-لا وجه له.

و احتج القائلون بالقول الثانى بالروايه الثانيه،و هى ظاهره بل صريحه،

ص:۲۱۸

۱- ۱) التهذيب ج ۸ ص ۲۴۸.

فیما ذکروه،مع صحه السند هذا خلاصه تحریم الکلام فی المقام.

و أما ما ذکره فی المختلف احتجاجا لما ذهب الیه فهو لا یخلو من تهافت بمنع التعویل علیه.

الثانی:لو اذن له فی التجاره دون الاستدانه

،و حصل علیه دیون،قال الشیخ فی النهایه:ما یحصل علیه من الدین یستسعی فیه،و لا یلزم مولاه من ذلک شیء،و قال فی المبسوط:إذا أذن لعبده فی التجاره فرکبه دین،فان کان أذن له فی الاستدانه، فإن کان فی یده مال قضی عنه،و ان لم یکن فی یده مال کان علی السید القضاء عنه، و ان لم یکن أذن له فی الاستدانه کان ذلک فی ذمه العبد یطالبه به إذا أعتق،و قد روی أنه یستسعی العبد فی ذلک،و کذا قال فی الخلاف،الا انه أسقط ذکر الروایه.

و قال ابن حمزه:ان کان المدین علم أنه غیر مأذون فی الاستدانه بقی فی ذمته الی أن یعتق،و ان لم یعلم استسعی فیه إذا تلف المال،و أبو الصلاح لم یفصل إلی المأذون له فی التجاره و غیره،بل إلی المأذون له فی الاستدانه و غیره،و قال عن الثانی:انه لا ضمان علی المولی،و لا علی العبد الا أن یعتق فیلزمه الخروج إلی مدینه مما علیه.

و قال ابن إدریس:لا یستسعی بل یتبع بعد العتق،و قال فی المختلف:

و المعتمد أن یقول:ان استدان لمصلحه التجاره لزم المولی أداءه کالأجنبی،و ان لم یکن لمصلحته لم یلزم مولاه شیء و تبع به بعد العتق عملا بأصاله براءه ذمه المولی،و لانه فعل غیر مأذون فیه،و الحدیث الذی رواه أبو بصیر فی المسأله السابقه یعطی وجوب الاستسعاء،و لیس ببعید،فان المولی عاد بالإذن فی التجاره فوجب علیه التمکین من السعی انتهی.

أقول الظاهر من الاخبار المتقدمه بعد ضم بعضها الی بعض و حمل مطلقها علی مقیدها و مجملها علی مفصلها أنه متی استدان العبد بغیر اذن مولاه فالدین لازم للعبد،و أنه یستسعی فی الدین،لکن بشرط اذن المولی،فان لم یأذن المولی- حیث إن المولی غر صاحب الدین بالاذن للعبد فی التجاره-مردود بما تضمنه روایه

روح«من أنه متى حجر عليه مولاه فليس على مولاه شيء،و لا على العبد شيء» و حينئذ فالواجب تقييد إطلاق الصحيحه المذكوره بهذه الروايه،و حمل ما تضمنته من الاستسعاء على رضى المولى،جمعا بين الخبرين،و لكنه معذور بعدم اطلاعه على الخبر المذكور حيث لم يورده فى المقام.

و أما استثناء ما استدانه لمصلحه التجاره مع عدم الاذن له فى الاستدانه و أنه يكون على المالك،فالظاهر أن وجهه عندهم أنه حيث كان مأذونا فى التجاره فهو مأذون فيما يتعلق بمصالحها التى من جملتها ذلك،و هو و ان احتمل،الا أن إطلاق صحيحه أبى بصير يرده،و تخصيصها بمجرد ما ذكروه بعيد.

الثالث [غريم العبد من غرماء المولى] :

قد صرح الأصحاب بأنه لو مات المولى الدين فى تركته،و لو كان له غرماء كان غريم العبد من جملتهم،و الوجه فيه ظاهر بعد الحكم بلزوم دينه للمولى،و عليه يدل الخبر الثانى،و حينئذ فيسقط الدين على الغرماء أجمع،الا أن ظاهر الخبر السادس بل صريحه تقديم غرماء المولى،فعلى هذا لو لم يبق شيء سقط غرماء العبد مع أن الجميع لازم لذمه المولى،و هو مشكل،و لم أر من تعرض لنقل الروايه المذكوره،فضلا عن الجواب عما اشتملت عليه من الحكم المذكور،و مقتضى اصطلاح المتأخرين طرح الروايه المذكوره لضعفها، و يعضده مخالفتها للقواعد الشرعيه و الله العالم.

الرابع [عدم لزوم شيء على المولى لو لم يأذن له فى التجاره]

-قال الشيخ فى النهايه لو لم يأذن له فى التجاره و لا فى الاستدانه لا يلزم المولى منه شيء،و لا يستسعى المملوك بل كان ضائعا،و قال ابن حمزه يكون ضائعا إلا إذا بقى المال فى يده،أو كان قد دفع الى سيده.

و قال ابن إدريس:يتبع به بعد العتق و به فسر قول الشيخ كان ضائعا،و هو اختيار أبى الصلاح أيضا قال فى المختلف:و هو المعتمد.

أقول:ظاهر الروايه الرابعه أنها من هذا القبيل،فان قوله يشترى و يبيع قد علم بذلك مولاه يشعر بأنه غير مأذون منه فى شيء من الأمرين،و انما رآه يشترى و يبيع،و لم ينكر ذلك عليه،مع أنه حكم بأنه يستسعى فيما عليه،و ظاهره الاستسعاء

فی حیاه المالک،و هو مشکل،لان منافع العبد مملوکه للمالک،و کسبه له فاستسعاؤه متفرع علی ضمان المالک،مع أنه لا ضمان علیه،لعدم الإذن بالکلیه، فلا بد من حمل الاستسعاء علی کونه بعد العتق،و حینئذ یکون الروایه داله علی قول ابن إدریس،و هو الأوفق بالقواعد الشرعیه.

الخامس:إذا اقترض المملوک مالا فأخذه المولی و تلف فی یده

تخیر المقرض فی المطالبه للعبد أو المولی،و علل بان کلا منهما قد ثبت یده علی المال، فیتخیر فی الرجوع علی من شاء منهما،فان رجع علی المولی قبل ان یعتق العبد لم یرجع المولی علی العبد و ان عتق،لاستقرار التلف فی یده،و لان المولی لا یثبت له مال فی ذمه عبده،و ان کان الرجوع علی المولی بعد عتق العبد،فان کان عند أخذه المال عالما بأنه قرض فلا رجوع له علی العبد أیضا،و ان کان قد غره العبد بأن المال له،و من جمله أمواله و لیس بقرض اتجه رجوعه علی العبد،للغرور.

و لو رجع المقرض علی العبد بعد عتقه و یساره فله الرجوع علی المولی لاستقرار التلف فی یده،الا ان یکون قد غر المولی،فلا رجوع علیه کما تقدم،کذا قیل،و فی بعض المواضع منه تأمل،و منها قوله لا یثبت له مال فی ذمه عبده،فان الظاهر أنه مبنی علی أن العبد لا یملک،و الا فمع القول بملکه و ان کان محجورا علیه کما هو الأظهر،فإنه لا مانع من رجوعه علیه.

و منها أنه إذا کان العبد مأذونا فی الاقتراض و قلنا بملکه فإنه یکون المال للعبد.قد ملکه بالاقتراض و القبض،فلا یجوز للمالک أخذه،و مقتضی ذلک رجوع المقرض علی العبد.لاستقرار المال فی ذمته و ملکه له،و رجوع العبد علی سیده لانه غاصب.

و منها إذا کان الاقتراض للمولی و کان عن إذنه فإنه لا رجوع للمولی علی العبد،و بالجمله فإن کلامهم هذا انما یتم فیما إذا کان القرض بغیر اذن المولی، سواء اقترضه لنفسه أو للمولی،فان القرض یکون حینئذ باطلا فیلزمه لوازم القبض بالعقد الفاسد و الله العالم.

ص :۲۲۱

كتاب الرهن

اشاره

و الرهن لغه الثبوت و الدوام،يقال:رهن الشيء رهونا:كقعد قعودا إذا ثبت و دام،و منه نعمه راهنه:أي دائمه ثابته،قال فی كتاب المصباح المنير:

و يتعدى بالألف فيقال أرهنته:إذا جعلته ثابتا،و إذا وجدته كذلك،و رهنته المتاع بالدين رهنا حبسته به،فهو مرهون،و الأصل مرهون بالدين،فحذف للعلم به،و أرهنته بالدين بالألف لغه قليله و منعها الأكثرون.انتهى.

و به يظهر ما فی قوله فی المسالك بعد نسبه المعنى الأول إلى اللغه،و يطلق على الحبس بأی سبب كان،قال الله تعالى (۱)«كُلُّ نَفْسٍ بِمٰا كَسَبَتْ رَهِينَهٌ» أی محبوسه بما كسبته من خير و شر،و أخذ الرهن الشرعی من هذا المعنى أنسب، فإن ظاهره أن المعنى اللغوی للفظ انما هو الأول،و به صرح غيره أيضا،و أن الثانی انما هو معنى مجازی يطلق عليه،و يستعمل فيه مع أن مقتضى كلام المصباح ان الثانی أيضا معنى لغوی،فاستعماله شرعا فی هذا المعنى هو أحد معنييه لغه.

و الكلام فی هذا الكتاب يجب بسطه فی فصول

الفصل الأول-فی الرهن

اشاره

و فيه مسائل،

[المسأله] الأولى-فی الصيغه المشتمله على الإيجاب و القبول

،ظاهر كلام بعض الأصحاب الاكتفاء فی الإيجاب بكل لفظ دل على الارتهان،كقوله رهنتك أو هذا وثيقه عندك،و هذا رهن عندك و زاد فی الدروس أنه لو قال:خذه على مالك أو بمالك فهو رهن.

أقول:فی قوله خذه بمالك ما يوهم المعاوضه،و دخوله فی قسم البيع،بناء على عدم اشتراط الصيغه الخاصه،و وقوعه لكل ما دل على التراضی من الطرفين،فلا ينبغی عده فی سياق هذه الألفاظ.

و بالجمله فإنه يستفاد منه أنه أن الرهن لا يختص بلفظ.و ربما ظهر من عبائر جمله منهم فی التعبير عنه بأنه عقد،أنه يشترط فيه ما يشترط فی العقود اللازمه من الإيجاب

۱- ۱) سوره المدثر الآيه-۳۸.

و القبول باللفظ العربی علی صیغه الماضی و المقارنه،و تقدیم الإیجاب کما فی غیره من العقود اللازمه،لأنه المتبادر من لفظ العقد.

قیل:لعل دلیله أن الأصل عدم الانعقاد و ترتب أحکام الرهن الا علی ما ثبت کونه رهنا بالإجماع و نحوه و الإجماع هنا غیر ثابت،و کذا غیره.

أقول:فیه ما عرفت مما تقدم فی صدر الفصل الأول من کتاب البیع (۱)من عدم الدلیل علی ما ذکروه،و استفاضه الاخبار فی العقود بخلاف ما اعتبروه،مضافا الی أصاله العدم،و یؤیده-ما ذکره بعض المحققین-من أن الرهن لیس علی حد العقود اللازمه،لأنه جائز من طرف المرتهن،فترجیح جانب اللزوم-و لزوم ما یعتبر فی اللازم-ترجیح من غیر مرجح،و أما القبول فهو عباره عن الرضا بذلک الإیجاب،و القبول فیه کما تقدم فی الإیجاب.

و قال فی التذکره:الخلاف فی الاکتفاء بالمعاطاه-و الاستیجاب و الإیجاب المذکور فی البیع-آت هنا،و اعلم أن الرهن اما أن یکون مبتدأ متبرعا به،و هو الذی لا یقع شرطا فی عقد لازم،بل یقول الراهن:رهنت هذا الشیء عندک علی الدین الذی علی،فیقول المرتهن:قبلت،و اما أن یقع شرطا فی عقد لازم کبیع أو إجاره أو نکاح أو غیر ذلک،فیقول:بعتک هذا الشیء بشرط أن ترهننی عبدک،فیقول:اشتریت و رهنت،أو زوجتک ابنتی علی مهر قدره کذا،بشرط أن ترهننی دارک علی المهر، فیقول الزوج:قبلت و رهنت.

و القسم الأول لا بد فیه من الإیجاب و القبول عند من اشترطهما و لم یکتف بالمعاطاه.

و أما القسم الثانی فقد اختلفوا فیه،فقال بعض الشافعیه:إذا قال البائع:بعتک کذا بشرط أن ترهننی کذا،فقال المشتری:شریت و رهنت،لا بد و أن یقول البائع بعد ذلک:قبلت الرهن،و کذا إذا قالت المرأه:زوجتک نفسی بکذا بشرط أن

۱- ۱) ج ۱۸ ص ۳۵۵.

ترهننی کذا،فقال الزوج:قبلت النکاح و رهنتک کذا،فلا بد و أن تقول المرأه بعد ذلک:قبلت الرهن.لانه لم یوجد فی الرهن سوی مجرد الإیجاب،و هو بمجرده غیر کاف فی إتمام العقد.

و قال آخرون:ان وجود الشرط من البائع و الزوجه،یقوم مقام القبول لدلالته علیه انتهی.و ظاهر نقله الخلاف فی القسم الثانی من غیر ترجیح شیء یؤذن بالتوقف فی ذلک،و احتمال الاکتفاء بالإیجاب هنا.

و فیه اشکال-کما أشار إلیه بعض المحققین-من أن مقتضی الشرط أنه لا یقع البیع و التزویج الا بعد الرهن،مع أن الرهن متأخر.و لانه یلزم أن یرهن علی الثمن قبل إتمام الشراء و لزومه،و یتحقق الشراء قبل الرهن،مع أنه قد جوز المعاطاه فی البیع،فیجوز هنا أیضا بل بالطریق الاولی،فیحتمل الاکتفاء بها،و عدم اشتراط الإیجاب و القبول انتهی و هو جید.

قالوا و لو عجز من النطق کفت الإشاره،و لو کتبه و الحال هذه و عرف ذلک من قصده جاز،و قید بعضهم الإشاره أیضا بأنه لا بد أن تکون مفهمه للمقصود، و هو کذلک.

و بالجمله فإنه کما یعتبر فی اللفظ افهام المقصود،کذلک یعتبر فیما قام مقامه مع تعذره،و لهذا مال بعض المحققین الی الاکتفاء بالإشاره و الکتابه المفهمین، و ان کان مع القدره علی اللفظ،لان الغرض فهم ذلک،فحیثما وجد کفی.

المسأله الثانیه [الخلاف فی أن قبض الرهن شرط فیه أم لا؟]

اشاره

-اختلف الأصحاب فی أن قبض الرهن شرط فی الرهن أم لا؟ و بالأول قال الشیخ فی النهایه،و الشیخ المفید،و ابن الجنید،و أبو الصلاح،و ابن البراج،و سلار،و أبو منصور الطبرسی،و ابن حمزه،و المحقق فی الشرائع، و الشهید فی الدروس،و کتاب النکت و اللمعه.

و بالثانی قال فی الخلاف،فإنه صرح بأنه یلزم بالإیجاب و القبول خاصه،و به قال ابن إدریس،و العلامه فی المختلف،و هو ظاهر شیخنا الشهید الثانی فی المسالک،و اختلف کلامه فی المبسوط،ففی کتاب الرهن کما فی النهایه

و قال فیه أیضا کما قال فی الخلاف فی فصل بیع الخیار:الأحوط أن نقول ان الرهن من قبل الراهن بالقول،و یلزمه إقباضه.

احتج الأولون بقوله عز و جل (۱)«فَرِهٰانٌ مَقْبُوضَهٌ» و التقریب فیها أنه سبحانه أمر بالرهن المقبوض فلا یتحقق المطلوب شرعا بدونه،کما اشترط التراضی فی التجاره،و العداله فی الشهاده،حیث قرنا بهما و بما رواه

الشیخ فی الموثق عن محمد بن قیس (۲)عن أبی جعفر علیه السلام،قال:

«لا رهن الا مقبوضا» (۳).

أقول:

و روی العیاشی فی تفسیره أیضا عن محمد بن عیسی (۴)عن أبی جعفر علیه السلام:قال:

«لا رهن إلا مقبوضا».

أجاب العلامه فی المختلف أما عن الآیه فبأنها انما تدل من حیث دلیل الخطاب و لیس حجه عند المحققین،ثم قال:علی أنا نقول:دلیلنا،أما أولا ـ فلان القبض لو کان شرطا کالإیجاب و القبول لکان قوله تعالی «مَقْبُوضَهٌ» تکرارا لا فائده تحته، و کما لا یحسن أن یقول:مقبوله،کذا کان یحسن أن لا یقول:مقبوضه،و اما ثانیا فلان الآیه سیقت لبیان الإرشاد إلی حفظ المال،و ذلک انما یتم بالإقباض کما أنه لا یتم الا بالارتهان (۵)فالاحتیاط یقتضی القبض کما یقتضی الرهن،و کما أن الرهن لیس شرطا فی الدین،فکذا القبض لیس شرطا فی الرهن،ثم أجاب عن الروایه بضعف السند مع أنها مشتمله علی إضمار،فلا تبقی حجه انتهی.

۱- ۱) سوره البقره الآیه-۲۸۳.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۱۷۶.

۳- ۳) هذه الروایه رواها فی المسالک و نقله العلامه فی التذکره عن الصادق علیه السلام و الذی فی التهذیب انما هو عن الباقر علیه السلام کما نقلناه فی الأصل-منه رحمه الله.

۴- ۴) الوسائل الباب ۳ من أبواب الرهن الرقم-۲.

۵- ۵) و یعضده أن الآیه قد اشتملت ایضا علی السفر و علی عدم وجود الکاتب و هما غیر شرط فی الرهن اتفاقا،فیکون القبض کذلک کما هو ظاهر-منه رحمه الله.

و أجاب الشهيد فى نكت الإرشاد عن ذلك،قال:و الجواب ان الآيه دلت على شرعيه الرهن مع القبض،فإذا لم يقبض كان منفيا بالأصل،لا بدليل الخطاب، و حفظ المال واجب،فيجب مقدمه،و الحديث متلقى بالقبول،فلا يضره ضعف سنده،و الإضمار بالصحه أولى،و لا تكرار فى قوله «مَقْبُوضَهٌ» لأن اللغوى صادق فيصير شرعيا بالقبض انتهى.

و يمكن تطرق المناقشه إليه بما يخرجه عن الاعتماد عليه،أما قوله ان الآيه دلت على شرعيه الرهن مع القبض-الى آخر دليله- ففيه أن صدق الرهن- و تحقق عقد بدون القبض الموجب لدخوله تحت قوله «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» «و المؤمنون عند شروطهم»مما يمنع ذلك،و يعضده إطلاق الاخبار الوارده فى جمله من أحكام الرهن التى لا تكاد تحصى كثره،كما ستمر بك إنشاء الله تعالى-فإنها كلها اشتملت على ذكر الرهن من غير تقييد بالقبض،فلو كان شرطا كما هو المدعى لم يحسن ذلك،بل يجب التفصيل،و قد تقرر فى كلامهم أن عدم التفصيل دليل على العموم.

و أما قوله ان حفظ المال واجب فيجب مقدمه،ففيه أنه لا قائل بوجوب أخذ الرهن،فالوجوب هنا غير ظاهر.

و أما قوله:ان الحديث متلقى بالقبول،ففيه أنه و ان كان كذلك الا أن الدلاله غير صريحه،بل و لا ظاهره،و دعوى أولويه ترجيح إضمار الصحه لا دليل عليها.

و أما قوله لا تكرار فى قوله «مَقْبُوضَهٌ» الى آخره ففيه أنه متى وجد المعنى الشرعى فمقتضى القاعده الحمل عليه،و انصراف معنى اللفظ اليه،على أن الوصف بالقبض لا يناسب المعنى اللغوى عندهم الذى هو الثبوت و الدوام،الا أن يكون بمعنى المرهون.

و أما ما أجاب به هنا-فى المسالك-من أن الصفه قد يكون للكشف،ففيه أن الأصل فى الوصف عدم كونه كذلك،لما تقرر من«أن التأسيس خير من

التأکید»کما هو مشهور فی کلامهم،و بالجمله فالمسأله لما عرفت محل اشکال و الله العالم.

بقی الکلام هنا فی شیئین:أحدهما-فی تعیین محل الخلاف فی المسأله،و ان شرطیه القبض هل هی فی الصحه،أو اللزوم؟قد اضطرب فی ذلک کلامهم،فظاهر جمله منهم أن محل الخلاف نفیا و إثباتا انما هو فی کونه شرطا فی الصحه، فالقائل بشرطیته یحکم بکون الرهن بدونه باطلا،و القائل بکونه شرطا فی اللزوم یحکم بالجواز.

فممن ظاهره الأول العلامه فی الإرشاد و القواعد،و الشهید فی نکت الإرشاد و المحقق الثانی فی شرح القواعد،و الشهید فی الدروس،و فرع علیه فروعا کثیره قال فی کتاب نکت الإرشاد بعد قول المصنف-و لا یفتقر الی القبض:هذا قول الشیخ فی الخلاف الی أن قال:و ذهب الشیخ فی النهایه-و موضع من المبسوط- الی أن القبض شرط فی صحته،و هو مذهب المفید و ابن الجنید الی آخره و هو کما تری ظاهر فیما قلناه.

و ممن ظاهره الثانی العلامه فی التذکره حیث قال:اختلف علماؤنا فی القبض هل هو شرط فی لزوم الرهن أولا علی قولین:الی آخره،ثم ذکر جمله من الفروع المرتبه علی ذلک.

و منهم الشهید الثانی فی المسالک حیث قال:اختلف أصحابنا فی اشتراط القبض فی الرهن بمعنی کونه جزء لسبب لزومه من قبل الراهن،کالقبض فی الهبه فی کونه کذلک بالنسبه إلی ملک المتهب و عدمه،و هو أیضا کالأول،ظاهر فیما قلناه.

و من هنا قال بعض المحققین:إنه یمکن أن تکون المذاهب ثلاثه،أحدها- عدم اشتراط القبض بوجه،و ثانیها-اشتراطه فی الصحه،و ثالثها اشتراطه فی اللزوم فقط،کما فی الهبه،فإنه نقل فیها فی الدروس ثلاثه أقوال،مثل ما قلناه هنا،و ان قال فی شرح الشرائع-بعد تقریر الخلاف-فی لزوم الرهن من جانب

الراهن،كالقبض فى الهبه،و هو مشعر بكون الخلاف فى الهبه أيضا فى اللزوم و عدمه و الظاهر أنه ليس كذلك،و لهذا قال فى القواعد و غيره:لو مات الواهب بطلت الهبه،و لهذا يحصل الجمع بين كلام القوم انتهى و هو جيد.

و ثانيهما-أنه قد صرح فى المسالك بأن إطلاق الشرطيه على القبض انما هو بطريق المجاز،لان الشرط مقدم على المشروط فى الوجود،و هنا لا يعتبر تقدمه إجماعا،فكونه جزء من السبب أنسب،و قيل عليه:ان الظاهر أن المراد بالشرط هنا انما هو الأمر الذى لا بد من حصوله،لحصول المشروط،لا الخارج المقدم على المشروط الذى يجب حصوله قبله،و هو إطلاق شائع خصوصا عند الفقهاء فى مثل هذا الباب و هو جيد.

فروع

الأول-لو قبض المرتهن الرهن بغير اذن الراهن

،فان قلنا:بأن القبض شرط فى الصحه كان عقد الرهن باطلا،لان القبض على هذا الوجه كلا قبض،و ان قلنا:أنه شرط فى اللزوم كان العقد صحيحا غير لازم.

و يمكن التفصيل بناء على الأول بأنه ان كان قبضه بغير اذنه من حيث امتناع الراهن من الإقباض،فالظاهر أنه لا وجه للبطلان،لانه من قبيل الحقوق المستحقه عليه،فإذا أخل بدفعها جاز لصاحب الحق التوصل إلى أخذ حقه و ان كان لا كذلك فما ذكروه صحيح و الله العالم.

الثانى-لو عرض للراهن الجنون أو الإغماء أو الموت بعد العقد و قبل القبض

، و قلنا:باشتراط القبض كما هو المشهور،فان قلنا:بكون القبض شرطا فى الصحه فإنه يبطل العقد من أصله،و بذلك صرح فى القواعد و الدروس تفريعا على ما اختاراه من كون القبض شرطا فى الصحه كما تقدم نقله عنهما.

و ان قلنا بكونه شرطا فى اللزوم كان العقد صحيحا،و به قطع فى التذكره تفريعا على ما اختاره فيها من كون القبض شرطا فى اللزوم،كما تقدم نقله عنه،فعلى

ص:٢٢٨

الثانی یقوم الولی مقام الراهن فی استحقاق الإقباض،لکن ولی المجنون یراعی مصلحته فی ذلک،فان رأی أن المصلحه فی الإقباض کما إذا کان فی بیع یتضرر بفسخه أو نحو ذلک من المصالح التی یقتضیها الحال أقبضه،و الا فلا.

و بذلک یظهر لک ما فی کلام صاحب المسالک فی هذا المقام،حیث أنه فرع البطلان و عدمه علی القول بکون القبض شرطا فی اللزوم،کما اختاره و غفل عن الخلاف الذی قدمنا ذکره من أن جمله منهم انما جعله شرطا فی الصحه،و آخرین فی اللزوم،و الصحه و البطلان هنا انما تفرعا علی ذلک کما أوضحناه،و لو کان عروض أحد هذه الأشیاء المتقدمه للمرتهن قبل قبضه.

فالظاهر ان العقد صحیح علی کل من القولین المتقدمین،و ینتقل حق القبض إلی الولی،و لهذا انه فی الدروس مع قوله بالبطلان بموت الراهن أو جنونه قال:بالصحه هنا (۱)و وجه ذلک هو الفرق بین المقامین،فإنه فی صوره موت الراهن قبل الإقباض تعلق حق الورثه و الدیان به،فلا یستأثر به أحد،بخلاف موت المرتهن فان الدین باق فتبقی وثیقه لعدم المنافی،هذا کله علی تقدیر القول باشتراط القبض (۲)و اما علی القول

۱- ۱) قال فی الدروس:لو مات الراهن أو جن بطل،و فی المبسوط إذا جن الراهن أو أغمی علیه أو رجع قبل القبض،قبض المرتهن لان العقد أوجب القبض،و هذا یشعر بان القبض لیس بشرط،و ان کان للمرتهن طلبه لیتوثق به،و لو مات المرتهن انتقل حق القبض الی وارثه و الفرق تعلق حق الورثه و الدیان بعد موت الراهن به فلا یستأثر به أحد،بخلاف موت المرتهن فان الدین باق فتبقی وثیقته،و یحتمل البطلان فیها لانه من العقود الجائزه قبل القبض و الصحه فیهما وفاقا للقاضی و المبسوط و الفاضل الی آخر کلامه منه رحمه الله.

۲- ۲) أما علی القول بالصحه بناء علی ان القبض شرط فی اللزوم فظاهر و أما علی القول بالبطلان بناء علی ان القبض شرط فی الصحه فللفرق المذکور فی الأصل، و توضیحه أنه بموت الراهن قبل الإقباض مع کون القبض شرطا فی الصحه یتعلق حق الورثه و الدیان بالرهن،و لا ترجیح لأحدهما بعد الحکم بالبطلان،و اما علی تقدیر موت المرتهن فان دینه باق،و وثیقته تقتضی عقد الرهن باقیه علی مقتضاه و لم یبق الا حق قبضه،حیث مات قبله،فلذا الحق ینتقل الی ولیه و یقوم مقام المیت فی القبض و لا یبطل الرهن بذلک و هو ظاهر منه رحمه الله.

الأخر فلا اثر لهذا البحث و لا لما قبله لحكم هذا القائل بصحه العقد و لزومه قبل القبض فلا تؤثر فيه هذه العوارض و الله العالم.

الثالث [عدم شرطيه استدامه القبض]

-قد صرحوا بأنه ليس استدامه القبض شرطا،فلو عاد الى الراهن أو تصرف فيه لم يخرج عن الرهانه،و ظاهرهم أنه موضع وفاق،بل نقل عن التذكره دعوى الإجماع عليه (۱).

الرابع-لو رهن ما فى يد المرتهن قبل الرهن

،فان كان بعاريه أو وديعه أو إجاره و نحو ذلك مما كان قبضا مأذونا فيه شرعا،فالظاهر أنه لا خلاف فى الصحه،لأن المعتبر تحقق القبض و هو حاصل،و لو بالاستصحاب،فان استدامه القبض قبض حقيقه، فيصدق عليه أنه رهن مقبوض،و أما انه يشترط كون القبض واقعا ابتداء بعد الرهانه، فلا دليل عليه،و حينئذ فلا فرق بين السابق و المقارن.

و ان كان قبضا غير مأذون فيه شرعا كقبض الغاصب،و المستام،و المشترى فاسدا،فقد أطلق الأكثر الاكتفاء به أيضا،لما تقدم من الدليل،و لانه متى اشترط القبض فى الرهن كان مستحقا على الراهن،فإذا كان فى يد المرتهن وصل الى حقه و على تقدير كون القبض منهيا عنه لا يقدح هنا،لأن النهى فى غير العباده لا يقتضى الفساد.

و قيل:بعدم الاكتفاء به،لان القبض على تقدير اشتراطه ركن من أركان العقد من الجهه التى تعتبر لأجلها و هو اللزوم،و لهذا أوجبوا عليه الإقباض لو كان الرهن مشروطا عليه،و إذا وقع منهيا عنه لا يعتد به شرعا،و انما لا يقتضى النهى

۱- ۱) اى كرنه فى يده يأخذ هذه الأشياء منه رحمه الله.

الفساد فى مثل ذلك حيث تكمل أركان العقد،مع أنهم قطعوا بأنه لو قبض بلا اذن الراهن لم يعتد به،فلو كان مطلق القبض كافيا،لزم مثله فى ذلك القبض المبتدأ بغير اذن الراهن،و نمنع استحقاقه على الراهن بمجرد الصيغه.

أقول:و المسأله لما كانت عاريه عن النص تطرق إليها الإشكال،الا انه يمكن أن يقال:ان المقبوض بيد أحد هؤلاء المذكورين و ان كان قبل الرهن غير مأذون فيه شرعا و هو منهى عنه،الا أنه بعد عقد الرهن و حصول الرضا من الراهن ببقائه فى يد المرتهن من أحد هؤلاء لا مانع من ذلك،و اما القياس على القبض بغير اذن الراهن فهو قياس مع الفارق إذ المفروض هنا كما ذكرنا هو رضا الراهن ببقائه رهنا عند أحد هؤلاء و اذنه فى ذلك،و كونه سابقا مقبوضا بغير وجه شرعى لا يمنع من ذلك مع تجدد الرضا و الاذن أخيرا،بخلاف المقبوض بعد الرهن بغير اذن على ما تقدم من التفصيل فيه.

و نقل عن العلامه فى التذكره أنه قطع باشتراط الاذن و مضى زمان يمكن فيه تجدد القبض هنا،قال فى المسالك:و هو متجه،بل ربما قيل:باشتراطهما فى المقبوض صحيحا ثم أطال فى بيان تعليل ذلك بعلل عليله.

أقول:أما اشتراط الاذن فلا ريب أن قرينه المقام شاهده به،لانه مع جعله رهنا،و العلم باشتراط القبض فى الرهن لا يتجه و لا يتم الا مع الرضا و الاذن فى القبض،و الا فكيف يجعله رهنا يجب عليه إقباضه للمرتهن،مع عدم الرضا و الاذن فى قبضه،و لا ريب أنه و ان كان مقبوضا سابقا على غير وجه شرعى،الا انه بعد جعله رهنا صار الأمر على خلاف ما كان سابقا،و هذا بحمد الله سبحانه ظاهر لا خفاء عليه.

و أما اشتراط مضى زمان يمكن فيه تجدد القبض فلا وجه له،و ما علل به مما طوينا نقله لا يخفى ما فيه على من راجعه.

الخامس-لو رهن ما هو غائب

و قلنا باشتراط القبض،فلا بد من حضور المرتهن أو وكيله عند الرهن و قبضه،و أنه لا يصير رهنا صحيحا أو لازما بناء على القولين المتقدمين الا بذلك.

و المعتبر فی القبض ما تقدم فی کتاب البیع من اعتباره فی کل بما یناسبه من النقل فی المنقولات،و الکیل و الوزن فی المکیلات و الموزونات،و التخلیه فیما لا یکون کذلک-حسبما تقدم تحقیقه.

و بالجمله فإن القبض هنا کالقبض فی البیع،فجمیع ما تقدم آت هنا،و لو قلنا بعدم اشتراط القبض سقط البحث.

السادس [لو أقر الراهن بالإقباض]

-قالوا-:لو أقر الراهن بالإقباض قضی علیه به،إذا لم یعلم کذبه و لو رجع لم یقبل رجوعه،و تسمع دعواه لو ادعی المواطاه علی الاشهاد،فیتوجه الیمین علی المرتهن علی الأشبه.

أقول:أما القضاء علیه بإقراره فظاهر،لما ورد من أن

«إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز (۱)». و أما عدم ذلک مع علم کذبه فظاهر أیضا،کما لو قال:رهنته الیوم داری التی بالحجاز و أقبضته إیاها مع کونهما فی الشام مثلا فإنه لا یسمع،لانه محال عاده،و قد عرفت أن شرطه وصول المرتهن أو وکیله الی موضع الرهن و قبضه.

و أما أنه لو رجع عن إقراره بالإقباض لم یقبل رجوعه،فلانه بإقراره أولا دخل تحت مضمون الخبر المتقدم فیجب إلزامه و الحکم علیه،و لا تسمع دعواه،بحیث تتوجه علی المرتهن الیمین.

نعم لو ادعی الغلط فی إقراره و أظهر تأویلا ممکنا فی حقه کما لو قال استندت فیه الی کتاب کتبه وکیلی فظهر مزورا و نحو ذلک فان الظاهر سماع دعواه،بمعنی توجه الیمین علی المرتهن بان القبض حقیقی،أو علی نفی ما یدعیه الراهن،لأن الأصل صحه الإقرار و مطابقته للواقع.

و استقرب العلامه فی التذکره توجه الیمین له علی المرتهن و ان لم یظهر تأویلا،محتجا بأن الغالب فی الوثائق کون الشهاده قبل تحقق ما فیها،فلا حاجه

۱- ۱) الوسائل الباب-۳ من أبواب الإقرار-الرقم ۲.

الی تلفظه به.

و أما لو ادعی المواطاه فی الإشهاد إقامه لرسم الوثیقه أی لأجل کتابتها و الشهاده علیها حذرا من تعذر ذلک إذا تأخر الی أن یتحقق القبض،فالأقوی أنها مسموعه،بمعنی توجه الیمین بها کما علی المرتهن أیضا،حسبما تقدم،لجریان العاده بوقوع مثل ذلک،و قیل:انه یحتمل عدم السماع لانه مکذب لإقراره الأول.

و ینبغی أن یعلم أن سماع دعواه انما یتم لو شهد الشاهدان علی إقراره،فادعی الغلط أو المواطاه کما تقدم،أما لو شهدا علی نفس الإقباض و فعله لم تسمع دعواه، لتضمنها تکذیب الشاهدین،بخلاف الشهاده علی الإقرار،فإنها لا تنافی دعواه بأحد الوجهین المذکورین،و علی هذا فلا یثبت علی المرتهن بالیمین لو وقعت الشهاده علی نفس الإقباض،و کذا لو شهدا علی إقراره بالإقباض فأنکر الإقرار،فإنه لا یلتفت الی إنکاره،لما تقدم من استلزامه تکذیب الشاهدین.

السابع-لو رهن ما هو مشترک بینه و بین غیره علی سبیل الإشاعه

.فإن کان مما ینقل و یحول فإنه لا یجوز الإقباض إلا بإذن الشریک،لاستلزامه التصرف فی مال الغیر بغیر اذنه،فلو أقبضه و الحال هذه فعل محرما.

و هل یحصل الإقباض بذلک و یتم شرط الرهن أم لا؟قولان:ثانیهما للشهید (رحمه الله علیه)لانه کما لو قبضه بدون اذن المرتهن،و أولهما للعلامه و جماعه، و وجهه أن النهی انما هو من حیث حق الشریک فقط،و الا فالإذن حاصل من الراهن بالنسبه إلی حقه،و اشتمال المقبوض علی حق الراهن و غیره لا یمنع من تحقق القبض لحق الراهن الذی هو شرط فی صحه الرهن علی القول به،و ان فعل محرما بالتصرف فی حق الغیر،و هذا القول بحسب الاعتبار أقوی.

و ان کان مما لا ینقل و لا یحول فان ظاهر المحقق فی الشرائع إلحاق ذلک بالصوره الاولی فی اشتراط الاذن،حیث قال:و لا یجوز تسلیم المشاع الا برضاء شریکه،سواء کان مما ینقل أو لا ینقل علی الأشبه.

و ظاهر شیخنا الشهید الثانی فی المسالک العدم،حیث قال:و أما ما یکفی

فیه مجرد التخلیه ففی اشتراط اذنه نظر،أقربه العدم،لان الغرض مجرد رفع ید الراهن و تمکین المرتهن من قبضه،و هو لا یستدعی تصرفا فی ملک الغیر انتهی و هو جید.

المسأله الثالثه [فی أن الرهن أمانه فی ید المرتهن]

-المشهور بل ادعی علیه الشیخ الإجماع أن الرهن أمانه فی ید المرتهن،لا یضمن الا مع التفریط،فلا یسقط بتلفه شیء مع عدم التفریط.

و یدل علیه جمله من الاخبار منها-ما رواه

فی الفقیه فی الصحیح عن جمیل بن دراج (1)قال:

«قال أبو عبد الله علیه السلام فی رجل رهن عند رجل رهنا فضاع الرهن قال:هو من مال الراهن،و یرجع المرتهن علیه بماله».

و عن أبان بن عثمان (2)

«عن رجل عن أبی عبد الله علیه السلام فی رجل رهن عند رجل دارا فاحترقت أو انهدمت؟قال:یکون ماله فی تربه الأرض،و قال فی رجل رهن عنده مملوک فجذم أو رهن عنده متاع فلم ینشر المتاع.و لم یتعاهده و لم یتحرکه فتأکل هل ینقص من ماله بقدر ذلک؟فقال:لا».

و فی الصحیح أو الحسن عن الحلبی (3)عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی الرجل یرهن الرهن عند الرجل فیصیبه شیء أو یضیع قال:رجع بماله علیه».

و عن عبید بن زراره (4)قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:رجل رهن سوارین فهلک أحدهما قال:یرجع علیه بحقه فیما بقی،و قال فی رجل رهن عند رجل دارا فاحترقت»الحدیث. کما تقدم فی مرسله أبان بأدنی تفاوت،و فیه«فأکل»یعنی أکله السوس.

و فی الصحیح عن الفضیل بن عبد الملک (5)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل رهن عنده آخر عبدین فهلک أحدهما أ یکون حقه فی الأخر؟قال:نعم،

1- 1) الفقیه ج 3 ص 195.

2- 2) التهذیب ج 7 ص 171.

۳- ۳) التهذيب ج ۷ ص ۱۷۰.
۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۱۷۰.
۵- ۵) الفقيه ج ۳ ص ۱۹۹.

قلت:أو دارا فاحترقت أ يكون حقه فی التربه؟قال:نعم،أو دابتين فهلكت إحداهما أ يكون حقه فی الأخری؟قال:نعم،قلت:أو متاعا فهلك من طول ما تركه،أو طعاما ففسد أو غلاما فأصابه جدری فعمی أو ثيابا تركها مطويه لم يتعاهدها و لم ينشرها حتی هلكت؟قال:هذا نحو واحد يكون حقه عليه».

و عن أبان (۱)عن رجل

«عن أبی عبد الله عليه السلام،قال:سألته كيف يكون الرهن بما فيه ان كان حيوانا أو دابه أو ذهبا أو فضه أو متاعا فأصابته جائحه حريق أو لص فهلك ماله أو نقص متاعه،و ليس له علی مصيبته بينه،قال:إذا ذهب متاعه كله فلم يوجد له شیء فلا شیء عليه،و ان قال:ذهب من بيتی مالی و له مال فلا يصدق».

و عن إسحاق بن عمار (۲)فی الموثق

«عن أبی إبراهيم عليه السلام، قال:قلت له:الرجل يرتهن العبد فيصيبه عور أو ينقص من جسده شیء علی من يكون نقصان ذلك؟قال:علی مولاه،قال:قلت:ان الناس يقولون ان رهنت العبد فمرض أو انفقأت عينه فأصابه نقصان فی جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما- ينقص من العبد،قال أ رأيت لو أن العبد قتل قتيلا علی من يكون جنايته؟قال:

جنايته فی عنقه».

و عن إسحاق بن عمار (۳)أيضا فی الموثق قال:

«قلت:لأبی إبراهيم عليه السلام الرجل يرهن الغلام أو الدار فتصيبه الآفه علی من يكون؟قال:علی مولاه،ثم قال:أ رأيت لو قتل هذا قتيلا علی من يكون؟قلت:هو فی عنق العبد، قال:ألا تری فلم يذهب من مال هذا؟ثم قال:أ رأيت لو كان ثمنه مأه دينار فزاد و بلغ مأتی دينار لمن كان يكون؟قلت:لمولاه،قال:و كذلك يكون عليه ما يكون له».

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۱۷۳ الفقيه ج ۳ ص ۱۹۸.

۲- ۲) الفقيه ج ۳ ص ۱۹۵.

۳- ۳) الكافی ج ۵ ص ۲۳۴ التهذيب ج ۷ ص ۱۷۲.

الا أن بإزاء هذه الاخبار أيضا ما يدل على خلاف ما دلت عليه و هو وجوب الضمان على المرتهن.

و منها ما رواه

فی الفقیه عن محمد بن قیس (۱)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«قضی-أمیر المؤمنین علیه السلام إذا کان الرهن أکثر من مال المرتهن فهلک-ان یؤدی الفضل الی صاحب الرهن،و ان کان أقل من ماله فهلک الرهن ادی الی صاحبه فضل ماله،و ان کان الرهن یسوی ما رهنه فلیس علیه شیء».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن ابن بکیر (۲)فی الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرهن؟فقال:ان کان أکثر من مال المرتهن فهلک أن یؤدی الفضل الی صاحب الرهن،و ان کان أقل من ماله فهلک الرهن أدی الیه صاحبه فضل ماله،و ان کان سواء فلیس علیه شیء».

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح عن أبی حمزه (۳)قال:

« سألت أبا جعفر علیه السلام عن قول علی علیه السلام فی الرهن یترادان الفضل؟قال:کان علی علیه السلام یقول:ذلک،قلت:کیف یترادان الفضل؟فقال:ان کان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن علی صاحبه،و ان کان لا یساوی رد الراهن ما نقص من حق المرتهن،قال:و کذلک کان قول علی علیه السلام فی الحیوان و غیر ذلک».

و ما رواه

المشایخ الثلاثه عن إسحاق (۴)قال:

«سألت أبا إبراهیم علیه السلام عن الرجل یرهن بمأه درهم و هو یساوی ثلاثمائه درهم فهلک،أعلی الرجل ان یرد علی صاحبه مائتی درهم؟قال:نعم لأنه أخذ رهنا فیه فضل-و ضیعه،قلت:

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۱۹۹.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۳۴ التهذیب ج ۷ ص ۱۷۱.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۲۳۴.
۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۱۷۲ الکافی ج ۵ ص ۲۳۴ الفقیه ج ۳ ص ۱۹۹.

فهلک نصف الرهن فقال:علی حساب ذلک»و زاد فی الکافی و الفقیه«قلت:

فیترادان الفضل قال:نعم».

و ما رواه

فی الفقیه عن محمد بن حسان عن ابی حمران الأرمنی (۱)عن ابی عبد الله علیه السلام قال:

«سألته عن رجل رهن عند رجل علی ألف درهم،و الرهن یساوی ألفین فضاع فقال:یرجع علیه بفضل ما رهنه،و ان کان انقص مما رهنه علیه رجع علی الراهن بالفضل،و ان کان الرهن یساوی ما رهنه علیه فالرهن بما فیه». قیل:

و یعنی قوله«و الرهن بما فیه»انه یحسب الرهن من دینه و یرجع بالباقی.

أقول:و هو معنی صحیح فی حد ذاته،الا أنه بعید عن ظاهر اللفظ المذکور و جمع الشیخ(رحمه الله علیه)بین هذا الاخبار بحمل الأخبار الأوله علی عدم التفریط،و الأخیره علی التفریط استنادا الی ما رواه

فی الکافی عن أبان (۲)عمن أخبره عن أبی عبد الله علیه السلام و فی الفقیه و التهذیب عن أبان عن أبی عبد الله علیه السلام

«أنه قال فی الرهن إذا ضاع عند المرتهن من غیر أن یستهلکه:رجع فی حقه علی الراهن فأخذه فإن استهلکه ترادا الفضل فیما بینهما».

أقول:و یشیر الی ذلک أیضا قوله علیه السلام،فی روایه إسحاق الأخیره«لأنه أخذ رهنا فیه فضل و ضیعه».

و علی ذلک أیضا یحمل ما رواه

الشیخ فی التهذیب عن سلیمان بن خالد (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«إذا ارتهنت عبدا أو دابه فماتا فلا شیء علیک،و ان هلکت الدابه أو أبق الغلام فأنت ضامن».

فإنه لا بد من حمل هلاک الدابه و إباق الغلام علی التفریط،و الا یحصل التنافی بین صدر الخبر و عجزه.

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۱۹۶.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۳۴ التهذیب ج ۷ ص ۱۷۲ الفقیه ج ۳ ص ۱۹۶.
۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۱۷۳ الکافی ج ۵ ص ۲۳۶.

قال الشيخ بعد نقل الخبر المذكور:المعنى فيه أن يكون سبب هلاكها أو سبب إباق الغلام شيئا من جهه المرتهن،فاما إذا لم يكن كذلك فلا يلزمه شيء، و كان حكمه حكم الموت سواء انتهى.

و احتمل بعض مشايخنا المحدثين من متأخرى المتأخرين حمل الأخبار الأخيره على التقيه،قال:فقد روى العامه عن الشعبى و شريح و الحسن (۱)ذهبت الرهانه بما فيها و يدل عليه خبر أبان أيضا انتهى.

أقول نقل العلامه فى التذكره القول بما عليه الأصحاب عن عطاء،و الزهرى، و الأوزاعى و الشافعى،و أبى ثور و أحمد و ابن المنذر،و نقل عن شريح و النخعى و الحسن البصرى،أن الرهن يضمن بجميع الدين،و ان كان أكثر من قيمته، و نقل عن الثورى و أصحاب الرأى أنه يضمنه المرتهن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين،فان كانت قيمته أقل سقط بتلفه من الدين قدر قيمته،و الا سقط الدين، فلا يضمن الزياده انتهى.

و أنت خبير بان ثبوت التقيه انما يتم على قول شريح و من معه،و هو أشد الأقوال الثلاثه فإن ظاهر المشهور عندهم موافق لما عليه الأصحاب،و قول أبى حنيفه و أتباعه و هم المشار إليهم بأصحاب الرأى لا ينطبق عليه الاخبار المذكوره، لأنها دلت على أن المرتهن يضمن الزياده لو كان الرهن أكثر،و هم ينفون ذلك، و الحمل على التقيه باعتبار هؤلاء الثلاثه بعيد.

الا أنه ربما يمكن تأييده بما تقدم

فى موثقه إسحاق بن عمار من قوله،قال:

« قلت:أن الناس يقولون:ان رهنت العبد فمرض أو أنفقا عينه فأصابه نقصان فى جسده ينقص من مال الرجل بقد ما ينقص من العبد».

و يؤيده أن جل الاختلاف فى الاخبار انما نشأ من التقيه،و لا ينافيه التفصيل الذى دلت عليه مرسله أبان المتقدمه و نحوها،فإنه يجوز أن يكون الحكم الشرعى هو التفصيل الذى دلت عليه،و ان كان إطلاق هذه الاخبار انما خرج مخرج التقيه.

۱- ۱) سنن البيهقى ج ۶ ص ۳۹.

و أما قول شيخنا المشار اليه و يدل عليه خبر أبان أيضا فلا أعرف له وجها،فان خبر أبان دل على التفصيل بالتفريط و عدمه،كما هو المعمول عليه بين الأصحاب، و لا دلاله فيه على أزيد من ذلك.

بقى الإشكال فيما قدمنا من الاخبار فى مقامين،أحدهما:ما دل عليه جمله منها كصحيحه الفضل بن عبد الملك و روايه عبيد بن زراره،و مرسله أبان-من عدم ضمان المتاع إذا لم ينشره و لم يتعاهده،و لم يتحركه حتى تأكل و هلك،و ان كان بذلك أفتى الصدوق فى المقنع،فقال:ان رهن عنده متاعا فلم ينشر المتاع،و لم يخرجه و لم يتعهده،ففسد فان ذلك لا ينقص من ماله شيئا انتهى و هو مشكل.

فإنك قد عرفت أن الرهن فى يده أمانه مضمونه مع التفريط،و من الظاهر ان ترك المتاع الذى يتوقف حفظه و سلامته على النشر و التعاهد بغير نشر و لا تعاهد تفريط ،و لهذا قال العلامه فى المختلف-بعد نقل عباره المقنع:و الأقرب أن على المرتهن الضمان،لان ترك نشر الثوب المفتقر الى نشره يكون تفريطا،و المفرط ضامن انتهى.

و كأنه(قدس سره)لم يخطر بباله الأخبار المذكوره التى هى مستند الصدوق فى هذه الفتوى،و الا لكان الواجب عليه الجواب عنها،و يمكن-و ان بعد-حملها على عدم علمه بوصول الضرر الى المتاع مع بقائه على تلك الحال.

و ثانيهما:ما دلت عليه مرسله أبان الثانيه من عدم تصديق المرتهن إذا ادعى ذهاب الرهن وحده،فإنه مخالف لمقتضى القواعد المعمول عليه بين الأصحاب أيضا،حيث أن المرتهن أمين كما عرفت،و الأمين مصدق بيمينه.

و بمضمون هذه الروايه أفتى ابن الجنيد،فقال:و المرتهن يصدق فى ضياع الرهن إذا كانت جائحه ظاهره،أو إذا ذهب متاعه،و المرهون فان ادعى ذهاب الرهن وحده لم يصدق.

و رده العلامه فى المختلف بما ذكرناه،فقال:لنا انه أمين و القول قوله مع اليمين،و نقل عنه الاحتجاج بأن دعواه ذهاب الرهن بخصوصه خلاف الظاهر و بالروايه،ثم رد الأول بالمنع،و الروايه بالإرسال،و أن فى أبان قولا،و هذا الجواب

عندنا غير حاسم لماده الاشكال،و لا يحضرنى الآن وجه تحمل الروايه عليه،الا أن يكون للتقيه،و يمكن تأييده بذهاب ابن الجنيد الموافق للعامه غالبا فى كثير من فتاويه الى ذلك،و الله العالم.

المسأله الرابعه [فى دخول فوائد الرهن فى الرهن] :

المشهور بين الأصحاب أن فوائد الرهن و زوائده المتجدده بعد الرهن ان كانت منفصله كالولد و الثمره بعد الجذاذ أو يقبل الانفصال كالشعر و الصوف و الثمره قبل الجذاذ،فإنها تدخل فى الرهن،و به قال الشيخ فى النهايه و الشيخ المفيد و ابن الجنيد و أبو الصلاح و ابن البراج و ابن حمزه و ابن إدريس مدعيا عليه الإجماع،و قبله المرتضى على ما نقله عنه فى الكفايه.

و اما المتصله اتصالا لا يقبل الانفصال كالسمن و الطول فإنه لا خلاف بينهم فى دخولها،و انما الخلاف فيما عداه مما ذكرناه،فإنه قد ذهب الشيخ فى الخلاف و المبسوط الى عدم الدخول،و اختاره العلامه و ولده فخر المحققين و المحقق الشيخ على.

احتج الأولون بالإجماع المنقول بخبر الواحد،و ان النماء من شأنه تبعيه الأصل فى الحكم كما يتبع ولد المدبره لها فيه،و احتج الآخرون بأصاله العدم و بأن الأصل فى الملك ان يتصرف فيه مالكه كيف شاء خرج منه الأصل بوقوع الرهن عليه.

و احتج العلامه فى المختلف بما رواه

السكونى (۱)فى الموثق

«عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن على عليهم السلام قال:قال رسول الله صلى الله عليه و آله:الظهر يركب إذا كان مرهونا و على الذى يركب نفقته،و الدر يشرب إذا كان مرهونا،و على الذى يشرب نفقته». قال:فأثبت عليه السلام منفعه الحلب و الركوب،و ليس ذلك للمرتهن إجماعا و لانتفاء ملكه و يبقى أن يكون للراهن.

و عن إسحاق بن عمار (۲)فى الصحيح عن أبى إبراهيم عليه السلام قال:

«فان رهن

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۱۷۶.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۲۳۵ التهذيب ج ۷ ص ۱۷۳.

دارا لها غله لمن الغله؟قال:لصاحب الدار». و ادعاء ابن إدريس-ان قوله:مذهب أهل البيت،و ان إجماعهم عليه،و ان ما ذكره الشيخ فى الخلاف و المبسوط مذهب المخالفين-خطأ لا برهان عليه،و لا شبهه له انتهى كلامه فى المختلف.

أقول:لا يخفى ما فى حجج الأولين،اما ما احتجوا به من الإجماع فقد عرفت ما فيه فى غير مقام،و انه لا يحسم ماده النزاع،و اما دعوى التبعيه و الاستناد إلى تبعيه الولد المدبر لأمه فى التدبير،ففيه ما ذكره شيخنا فى المسالك حيث قال- بعد نقل احتجاجهم بما ذكرناه-و الإجماع ممنوع،و التبعيه فى الملك مسلمه لا فى مطلق الحكم،و تبعيه ولد المدبره لتغليب جانب العتق.

و أما ما احتج به على القول الثانى من التمسک بالأصل فهو قوى،و يعضده ما عللوا به عدم التبعيه فى مسأله بيع الحامل من أن العقد انما وقع على الأم،و اللفظ لا يتناول سواها،فكذلك هنا.

و أما احتج به العلامه فى المختلف،ففيه أن محل الخلاف على ما قرره هو و غيره انما هو الزيادات المنفصله،أو القابله الانفصال كما ينادى به التمثيل بالولد و الثمره و الشعر و الصوف،لا أنه مطلق المنافع كغله الدار و نحوها،فإنه لا خلاف و لا إشكال فى كونها للراهن،كما استفاضت به الاخبار،و ستأتى إنشاء الله-تعالى فى الفصل الثالث.

و حينئذ فلا وجه لاستدلاله بموثقه إسحاق بن عمار التى وصفها بكونها صحيحه،لاعتضاده بها تنويها بشأنها،مع أنه و غيره انما يعدونها فى الموثق.

و أما روايه السكونى-و ان وصفها بكونها موثقه،لاتفاقهم على عدها فى الضعيف-فغايه ما تدل عليه كون النفقه فى مقابله النفقه فى كل من الركوب و شرب اللبن و سيأتى الكلام فى ذلک، و بالجمله فالمسأله لخلوها عن النص الواضح لا تخلو من الاشكال،و ان كان القول الثانى لا يخلو من قوه لما عرفت،و يظهر من المسالک اختياره أيضا،و ربما اعترض على القول بعدم التبعيه بأنه يلزم جواز انتفاع الراهن بالرهن،لأن المنفعه

إذا لم تكن رهنا لا وجه لمنعه من التصرف فيها،مع أن الإجماع على منعه.

و الجواب عن ذلك أولا:بمنع هذه الدعوى و منع الإجماع،كما سيأتى إنشاء الله تعالى تحقيقه فى بعض مواضع الفصل الثالث.

و ثانيا:أنه مع تسليم ذلك يمكن أن يقال:ان منعه من التصرف لا من حيث المنفعه،بل من حيث استلزامه التصرف فى المرهون،و لهذا لو انفصلت المنفعه كالثمره و الولد لم يمنع من التصرف فيها-و ينبغى أن يعلم أنه لو شرط المرتهن دخولها أو الراهن خروجها زال الاشكال،لوجوب الوفاء بالشرط،هذا كله بالنسبه إلى النماء المتجدد بعد الرهن.

و أما الموجود حال الرهن فالمشهور بينهم عدم الدخول،و نقل فى المختلف عن ابن الجنيد الخلاف فى ذلك،قال فى المختلف:النماء الموجود حاله الارتهان إذا كان منفصلا كالولد و اللبن أو متصلا اتصالا لا يقبل الانفصال كالصوف و الشعر خارج عن الرهن،ذهب إليه أكثر علمائنا.و قال ابن الجنيد:ان جميع ذلك يدخل فى الرهن،لنا أن العقد تناول الأصل،و ليس النماء جزء من المسمى،فلا يدخل فى الرهن،احتج بأن النماء تابع فى الملك،فكذا فى الرهن،و الجواب المنع من الملازمه انتهى.

أقول:لا يبعد التفصيل بالفرق بين مثل الولد و الثمره،و بين مثل الشعر و الصوف على ظهر الحيوان،بخروج الأول،و دخول الثانى،فإن من الظاهر عدم دخول الولد و الثمره فى مسمى الام و النخل،و دخول الشعر و الصوف فى الحيوان اللذين هما على ظهره،فإنه كالمتبادر عرفا،فإنه متى باعه حيوانا كذلك أو وهبه أو نقله له بأحد النواقل الشرعيه،فإن ظاهر العرف الحكم بدخول ذلك فيه.

و لهذا انه فى التذكره استقرب دخول الصوف و الشعر على ظهر الحيوان،محتجا بأنه كالجزء،و استحسنه المحدث الكاشانى فى المفاتيح،و تردد فى التذكره فى دخول اللبن فى الضرع،و فى القواعد تردد فى الأمرين،و كيف كان فالمسأله لا تخلو من شوب الاشكال و الله العالم.

المسأله الخامسه [فی أن الرهن لازم من جهه الراهن] :

لا خلاف فی أن الرهن لازم من جهه الراهن حتی یخرج من الحق الموجب للرهن،اما بأدائه و لو من متبرع عنه،أو ضمان الغیر له مع قبول المرتهن،أو الحواله أو إبراء المرتهن له،قالوا:و فی حکمه الإقاله المسقطه للثمن المرهون به،أو الثمن المسلم فیه المرهون به.

و بالجمله فالظابط براءه ذمه الراهن من جمیع الدین،و إذا خرج من بعضه دون بعض فهل یخرج الرهن بأجمعه عن الرهانه،أو یبقی کذلک أو بالنسبه،أوجه:

صرح فی الدروس بالثانی،و هو ظاهره فی الروضه أیضا،و لو شرط کونه رهنا علی المجموع خاصه تعین الأول،کما انه لو جعله رهنا علی کل جزء جزء تعین الثانی.

السادسه [إذا وجد المرتهن بالرهن عیبا سابقا] :

قال الشیخ فی المبسوط:إذا وجد المرتهن بالرهن عیبا سابقا کان له الرد بالعیب،فیتخیر معه فی فسخ البیع،و أجازته بلا رهن إذا کان الرهن باقیا بالصفه التی قبضه،فأما إذا مات أو حدث فی یده عیب فلیس له رده فی فسخ البیع،لان رد المیت لا یصح،و رد المعیب مع عیب حدث فی یده لا یجوز،لانه لا دلاله علیه کما نقوله فی البیع،و لا یرجع فی ذلک بأرش العیب،بخلاف البیع.

قال فی المختلف-بعد نقل ذلک-عنه:و الأقوی عندی أنه له الفسخ،لفقدان الشرط،سواء مات العبد أو رده،لان العبد فی یده أمانه فلیس للراهن الامتناع من قبضه بالعیب السابق،فکذا الموت انتهی.و مرجع مناقشته للشیخ الی عدم الفرق بین الموت،و ظهور العیب السابق فی جواز الفسخ،و هو لا یخلو من قوه.

و أما العیب الحادث فی ید المرتهن فالحکم فیه کما ذکره الشیخ(رحمه الله علیه)لما ورد من الاخبار الداله علی بقاء الرهانه و عدم انفساخها بذلک،و الرد انما یتجه مع الفسخ.

و من الاخبار المشار إلیها ما تقدم فی المسأله الخامسه من الاخبار الداله علی أن العبد إذا أصابه الجذام أو العمی أو نحو ذلک فإنه باق علی الرهانه،و ان نقص ذلک علی الراهن،و الاخبار ثمه إنما اختلفت فی الضمان و عدمه،و الا فصحه الرهانه لا خلاف فیها و لا اشکال و الله العالم.

السابعه [إذا رهن عصيرا فصار خمرا] :

قد صرح جمله من الأصحاب بأنه إذا رهن عصيرا فصار خمرا بطل الرهن،و بالغ أبو الصلاح فقال:فان صار خمرا بطلت وثيقه الرهن،و وجبت إراقته،و الشيخ فى الخلاف قال:يجوز إمساكه للتخلل و التخليل،و لا يجب عليه الإراقه،لأنه لا خلاف بين الطائفه فى جواز التخلل و التخليل.

و قال فى الشرائع:و لو رهن عصيرا فصار خمرا بطل الرهن،فلو عاد خلا عاد الى ملك الراهن.و ظاهر هذه العبارات بطلان الرهن رأسا بعد صيرورته خمرا.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى-فى المسالك-حمل البطلان فى كلامهم على كونه بطلانا مراعى ببقائه على الخمريه،لأنه متى صار خمرا خرج عن ملك صاحبه فيبطل الرهانه لذلك،لأنها مشروطه بالملكيه،و متى صار خلا و صلح أن يكون ملكا عادت الملكيه و الرهانه.

و لهذا استدرك على المصنف فى عبارته المذكوره،من حيث حكمه بالبطلان، و أنه بصيرورته خلا يعود الى الملك،و لم يصرح بكونه يعود إلى الرهانه،قال:

و الحاصل انهم لا يعنون ببطلان الرهن هنا اضمحلال أثره بالكليه،بل ارتفاع حكمه ما دامت الخمريه باقيه،و تبقى علاقه الرهن لبقاء أولويه المالك على الخمر المتجدد للتخليل،فكأن الملك و الرهن موجودات فيه بالقوه القريبه،لأن تخلله متوقع، و الزائل-المعبر عنه بالبطلان-الملك و الرهن،لوجود الخمريه المنافيه،و نظير ذلك أن زوجه الكافر إذا أسلمت خرجت بذلك من حكم العقد،و حرم وطؤها عليه فإذا أسلم قبل انقضاء العده عاد حكم العقد،و كذلك إذا ارتد أحد الزوجين انتهى.

أقول:لقائل أن يقول:ان ما ذكره(قدس سره)من التوجيه لعود الرهن بعد بطلانه-و أن حكم الأصحاب بالبطلان مراعى ببقاء الخمريه-انما يصلح وجها للنص،و بيان الحكمه فيه لو كان هنا نص،لا أنه يصلح لتأسيس الحكم المذكور،و بنائه عليه،فان قضيه الحكم بالبطلان بصيرورته خمرا و عدم صحه

تملک الخمر،هو بقاء البطلان و استمراره و ان انقلب خلا،و العود الی کونه رهنا یتوقف علی الدلیل.

و هذا هو الظاهر من إطلاقهم،سیما عباره الشیخ ابی الصلاح و حکمه بوجوب الإراقه،فإنه لا ینطبق الا علی ما ذکرناه،و مجرد عوده فی الملک بعد انقلابه خلا لا یستلزم عوده رهنا للفرق بین الأمرین،فإن الرهن متوقف علی الصیغه و العقد الشرعی و قد بطل،فعوده یحتاج الی عقد آخر بخلاف الملک،و لانه قد قام الدلیل علی ذلک فی الملک،فیجب القول به،و لم یقم دلیل علیه فی الرهن الا مجرد هذا التخریج المذکور الذی لا یصلح لتأسیس حکم شرعی علیه.

و ما ذکرناه هو الظاهر من إطلاقهم،سیما عباره الشرائع،و حکمه فیها بالملک بعد العود دون الرهانه،و استدراکه علیها لیس فی محله،لعدم الدلیل کما عرفت، و التنظر بما ذکره لا یفید فائده،فإن الأحکام الشرعیه لا تبنی علی النظائر و المشابهات کما یقوله أهل القیاس،و انما یعمل فیها علی النصوص الواضحه.

و بالجمله فإن کلامه(قدس سره)غیر خال عندی من النظر،و ان اقتفاه فیه المحقق الأردبیلی أیضا حیث قال:و سبب عودها بعد صیرورته خلا-عود الملکیه فیما کان رهنا،و زوال المانع عن الرهانه،فیعود ما کان ثابتا تابعا للملکیه،و ما کان سبب النزول إلا زوال الملکیه.فتأمل فیه انتهی.

و فیه ان زوال المانع غیر کاف فی الصحه،بل لا بد من وجود المقتضی أولا،و المقتضی قد حکم ببطلانه،و الکلام فی محل البحث فی عوده،و مجرد عود الملکیه لا یستلزمه کما عرفت.

و نحن و لو خلینا و ظاهر الحکم بالبطلان ثم لا-یحکم بعود الملکیه و لا-الرهن،لکن لما قام الدلیل من خارج و دلت الاخبار علی عود الخمر بصیرورته خلا-الی ملک صاحبه حکمنا بذلک،و أما عوده رهنا فیحتاج ایضا الی الدلیل کما احتاج الیه عوده فی الملک،و لعل فی قوله فتأمل فیه إشاره الی ما ذکرناه و الله العالم.

الفصل الثانی فی شرائط الرهن

اشاره

و فیه مسائل

الأولی [اشتراط کون الرهن عینا مملوکه]

-المشهور فی کلام الأصحاب(رضوان الله علیهم)أنه یشترط کون الرهن عینا مملوکه،فلا یصح رهن ما فی الذمه من الدیون،و لا المنافع، مثل سکنی الدار و خدمه العبد،و الوجه فی الثانی ظاهر،و هو أنه لیس هنا شیء موجود یمکن استیفاء الدین منه الذی هو الغرض من الرهن،لان هذه المنافع تستوی شیئا فشیئا،و کل ما حصل منها شیء عدم ما قبله،و المطلوب من الرهن أنه متی تعذر استیفاء الدین استوفی من الرهن.

و بالجمله فإن المنافع لا یصح إقباضها إلا بإتلافها،و مع ذلک فالمنع من رهنها موضع وفاق،کما صرحوا به،و أما الوجه فی الأول فهو مبنی علی أمرین أحدهما-عدم صحه بیع ما فی الذمه،و ثانیهما-اشتراط القبض فی الرهن،و الدین لا یمکن قبضه،لأنه أمر کلی لا وجود له فی الخارج.

و فی کل من الأمرین نظر،أما عدم صحه بیع ما فی الذمه فهو علی إطلاقه ممنوع،و انما ذلک فی صوره خاصه کما تقدم تحقیقه،و أما اشتراط القبض فقد تقدم ما فیه من البحث،و أنه لم یقم دلیل واضح علیه،و مع تسلیمه فإنه یجتزی بقبض ما یعینه المدیون،و یحصل الشرط المذکور،و الأصل و العمومات یقتضی الجواز.

و الی ما ذکرنا یمیل کلام جمله من محققی متأخری المتأخرین کالمحقق الأردبیلی و الفاضل الخراسانی،و قد صرح العلامه فی التذکره ببناء المنع علی اشتراط القبض،فقال:لا یصح رهن الدین ان شرطنا فی الرهن القبض،لانه لا یمکن قبضه لعدم تعینه حاله الرهن.

لکنه فی القواعد جمع بین الحکم بعدم اشتراط القبص،و عدم جواز رهن الدین،فتعجب منه الشهید فی الدروس.

و اعتذر له المحقق الشیخ علی فی شرحه بأن عدم اشتراط القبض لا ینافی

اشتراط كون الرهن مما يقبض مثله،نظرا الى أن مقصوده لا يحصل الا بكونه مما يقبض،كما أرشدت اليه الآيه الكريمه،فأحدهما غير الآخر.

و اعترضه فى المسالك بأن فيه مع ما أشرنا إليه من تصريح العلامه ببناء الحكم على القبض،مع اعتبار كون الرهن مما يقبض مثله معجلا،إذ لا دليل عليه،و الآيه قد تقدم عدم دلالتها على اعتبار القبض بل الإرشاد اليه.

و المعتذر(رحمه الله)قد بالغ فى تحقيق دلالتها على ذلك،و منع دلالتها على اعتبار القبض،و لو سلم اعتبار صلاحيه الرهن للقبض فالدين صالح لذلك بتعيين المديون له فى فرد من أفراد ماله،فالمنع من رهنه على القول بعدم اشتراط القبض غير متوجه.انتهى.

أقول:و قد تلخص من ذلك أنه لا مانع من رهن الدين حتى و لو قلنا باشتراط القبض كهبه ما فى الذمم و يجتزى بقبض ما يعينه هنا.

و المراد باشتراط كون الرهن مملوكا ما هو أعم من ملك الأصل أو المنفعه،كما لو أذن له المالك فى رهن ماله،فلا يصح رهن ما لا يملكه و لا يؤذن فيه،و على هذا فالمملوكيه بمعنييها من شروط الصحه،كما فى الشروط الآتيه،الا أنه قد صرح بعضهم بجواز رهن غير المملوك و لا المأذون و صحته،و يكون موقوفا على اجازه المالك،كالبيع الفضولى و على هذا يكون هذا الشرط من شروط اللزوم،و مقتضى ما قدمناه من البحث عن عدم صحه بيع الفضولى عدم جواز رهن ما كان كذلك،لانه تصرف فى مال الغير بغير اذنه،و هو قبيح عقلا و نقلا.

الثانيه [الخلاف فى رهن المدبر]

اختلف الأصحاب(رضوان الله عليهم)فى رهن المدبر،فالأكثر على أنه يوجب ابطال تدبيره،بمعنى أنه يصح الرهن و لكن يبطل التدبير،و قيل بصحتها فان رهنه لا يوجب إبطال تدبيره،و نقل ذلك عن الشيخ.

و علل الأول بأن التدبير من الصيغ الجائزه التى يصح الرجوع فيها كالوصيه، فإذا تعقبه الرهن أبطله،كما لو تعقبه غيره من العقود كالبيع و الهبه،لكون ذلك رجوعا عنه،لان الغرض من العقود المملكه ملك من انتقل اليه،و لا يتم الا بالرجوع،

و الغرض من الرهن استيفاء الدين من قيمته،فهو مناف لتدبيره.

و علل الثانی بأن الرهن لا یستلزم نقل المرهون عن ملک الراهن،و یجوز فکه، فلا یثبت التنافی بین الرهن و التدبیر بمجرد الرهن،بل التصرف فیه.

و نقل عن الشیخ(رحمه الله علیه)الاحتجاج علیه بعدم الدلیل علی بطلان کل واحد منهما،و علی هذا فیکون التدبیر مراعی بفکه،فان فکه استقر و ثبت،و الا أخذ فی الدین،فیبطل التدبیر (۱)و نقل عن الشهید فی الدروس أنه استحسن هذا القول،و المسأله لا یخلو من شوب الاشکال،لعدم النص الواضح فی هذا المجال،و ان کان القول الثانی لا یخلو من قرب،لما ذکر فی بیان وجهه.

قال فی الکفایه:و فی جواز رهن المدبر خلاف،فقیل یصح و أن رهن رقبته إبطال لتدبیره،و قیل:لا یصح،و قیل:ان التدبیر یراعی بفکه،فیستقر أو یأخذه فی الدین فیبطل.

أقول:ما نقله هنا من القول بعدم صحه الرهن لم أقف علی من نقله سواه، و المنقول فی المسأله هو ما قدمنا ذکره من القولین،و هو الذی صرح به شیخنا الشهید الثانی فی المسالک و الروضه،و تعبیره عن القول الثانی الذی قدمناه بما ذکره- من أن التدبیر یراعی الی آخره-غیر جید،فان القول المنقول عن الشیخ انما هو صحه الرهن و التدبیر کما قدمنا ذکره،الا أن اللازم منه أن صحه التدبیر هنا لیست صحه مستقره،بل هی مراعاه بفکه،و تعبیره عن القول بلازمه لیس بجید

۱- ۱) أقول:و الی ذلک أیضا یمیل کلام العلامه المحقق الأردبیلی(عطر الله مرقده)حیث قال ما ملخصه:إذ الظاهر صحه الرهن مع عدم بطلان التدبیر لعموم أدله الرهن و جواز التصرف فی المدبر،و لکن لما لم یکن بینه و بین الرهن منافاه فالظاهر بقاؤه موقوفا فان بیع فی الرهن بطل تدبیره،و ان لم یبع بقی مدبرا،و یؤیده أنه لو کان بینهما منافاه لزم عدم صحه الرهن بوجود التدبیر قبله انتهی منه رحمه الله.

فى التعبير.

ثم انهم اختلفوا فى صحه رهن خدمه المدبر،مع أن ظاهرهم الاتفاق-كما تقدم فى المسأله المتقدمه-على عدم صحه رهن المنافع،فقيل:بالصحه هنا، للروايه الوارده بجواز بيع خدمته،و قد تقرر عندهم أن ما جاز بيعه جاز رهنه،و الروايه المذكوره لم أقف عليها بعد التتبع،و الموجود فى كلام جمله منهم انما هو بهذا العنوان من غير نقل مضمونها.

و منه يظهر قوه القول بالعدم،لما عرفت فيما تقدم فى تعليل عدم صحه بيع المنفعه،مع عدم وجود ما يعارضه،و يوجب الخروج عنه،و الروايه المذكوره غير معلومه،و لعلها من روايات العامه.

الثالثه [حكم رهن الخمر]

-قالوا:لا يجوز رهن المسلم الخمر و لو كان عند ذمى،و كذا لو رهنها الذمى عند مسلم لم يصح و ان وضعها على يد ذمى.

و للشيخ فى الخلاف هنا قول بأنه يجوز للذمى أن يرهن عند المسلم خمرا إذا وضعها عند ذمى،لأن الحق فى وفاء الدين للذمى،فيصح الرهن،كما لو باعها و وفاه ثمنها،لان الرهن لا يملكك للمرتهن،و انما يصير محبوسا عن تصرف الراهن.

و رده الأكثر بأن يد الذمى الودعى كيد المسلم،و له تسلط على الرهن بالبيع و الاستيفاء،و هو هنا ممتنع.

و منعوا أيضا من رهن الأرض الخراجيه الا أن تكون بعنوان التبع لآثار التصرف من بناء و شجر و نحوهما،و قد تقدم تحقيق القول فى هذه المسأله بالنسبه إلى البيع.

و منعوا أيضا من رهن ما لا يصح إقباضه،كالطير فى الهواء،و السمك فى الماء الا أن يكون الطير مما يعتاد عوده،و السمك فى ماء محصور،فيصح.

و اختلفوا فيما لو رهن عند الكافر عبدا مسلما أو مصحفا،فقيل بعدم الجواز،لان ارتهانه لهما يقتضى الاستيلاء عليهما من بعض الوجوه ببيع و نحوه،و ان كان فى

يد غيره،و هو سبيل عليهما منفى بالآيه،و يؤيده القول بعدم جواز بيعهما على الكافر.

و قيل بالجواز إذا وضعا على يد مسلم،لمنع تحقق السبيل بذلك،لأنه إذا لم يكن تحت يده لم يستحق الاستيفاء من قيمته الا ببيع المالك،أو من يأمره بذلك،و مع التعذر رفع أمره الى الحاكم ليبيع و يوفيه،و مثل هذا لا يعد سبيلا.

أقول:قد قدمنا فى المسأله السادسه من المقام الثانى من الفصل الأول فى البيع و أركانه من كتاب البيع ما فى الاستناد الى هذه الآيه فى مثل هذا الموضع و نحوه،من النظر الذى شرحناه ثمه،و أن المراد بالسبيل المنفى فى الآيه انما هو من جهه الحجه و الدليل، كما ورد به الخبر فى تفسير الآيه المذكوره،و حينئذ فتبقى المسأله خاليه من الدليل نفيا و إثباتا كسائر فروعهم التى من هذا القبيل.

و أما ما ذكره القائل بالجواز إذا وضع على يد مسلم و أنه بذلك يتحقق منع السبيل،ففيه ما تقدم من إيرادهم على الشيخ فى جواز رهن الخمر عند المسلم إذا وضع على يد ذمى،حيث أوردوا عليه بأن يد الذمى الودعى كيد المسلم،و له تسلط على الرهن بالبيع،فإنه بعينه جار فيما ذكروه هنا،لان يد المسلم هنا يقام مقام الكافر، و نيابته عنه كيد الكافر،و ما أطالوا به من التعليل لا يشفى العليل،و لا يبرد الغليل.

و بالجمله فإن الحكم فى أمثال هذه الفروع مع خلوها عن النصوص اعتمادا على هذه التعليلات لا يخلو من جازفه،و لهم فى هذا المقام جمله من الفروع التى من هذا القبيل،طوينا عن نقلها لما ذكرنا و الله العالم.

الفصل الثالث فى الحق و الراهن و المرتهن

اشاره

فههنا مقامان

المقام الأول-فى الحق الذى يؤخذ عليه الرهن

اشاره

،و المشهور أنه الدين الثابت فى الذمه،و ظاهر اشتراط كونه دينا عدم جواز الرهن على العين، سواء كانت أمانه فى يده كالوديعه،و العاريه الغير المضمونه و المستأجره، أو مضمونه عليه كالمغصوبه،و العاريه المضمونه،و المقبوض بالسوم،و عدم جواز

الرهن فی الأول موضع وفاق،کما ذکره غیر واحد منهم،و ان احتمل طرو الضمان بالتعدی فی الودیعه و نحوها مما ذکر.

و أما فی الثانی فهو أحد القولین،حیث أطلقوا المنع عن أخذ الرهن فی الأعیان،نظرا الی أن مقتضی الرهن استیفاء المرهون به من الرهن،و فی الأعیان یمتنع ذلک،لامتناع استیفاء العین الموجوده من شیء آخر.

و قیل:بجواز الرهن علیها،و به صرح العلامه فی التذکره،فقال:فالأقوی جواز الرهن علیها،أی علی الأعیان المضمونه (1)و أجابوا عما علل به وجه المنع،بأن الأمر لا ینحصر فی الاستیفاء عند وجود العین،بل یمکن التوثق بالرهن، لأجل أخذ عوضها عند تلفها،قالوا:و لا یرد مثله فی الأعیان التی لیست مضمونه، حیث یحتمل تجدد سبب الضمان،لعدم کونها وقت الرهن مضمونه،فان الرهن انما یصح عند وجود سبب الضمان اما بدین أو ما فی حکمه،کالعین المضمونه، بخلاف ما یمکن تجدد سبب ضمانه،کما سیتجدد من الدین،و إطلاق الأدله الداله علی جواز الرهن علی الحقوق یتناول محل النزاع،و المراد بالثابت علی الذمه فی العباره المتقدمه ما کان مستحقا فیها،أعم من أن یکون ثبوته مستقرا کسائر الدیون أو غیر مستقر کالثمن فی زمن الخیار،و ظاهر الأکثر أنه لا بد من ثبوته و استقراره فی الذمه قبل الرهن.

قال فی التذکره:یصح عقد الرهن بعد ثبوت الحق و تقرره فی الذمه،و فی جوازه مع المقارنه وجه،مال إلیه فی التذکره حیث قال-بعد الکلام المتقدم نقله عنه-:أما لو قارنه و امتزج الرهن بسبب ثبوت الدین مثل أن یقول:بعتک هذا العبد بألف،و ارتهنت هذا الثوب به،فقال المشتری:اشتریت و رهنت،أو قال:

أقرضتک هذه الدراهم و ارتهنت بها دارک فالأقرب الجواز انتهی.

1- 1) قال فی المسالک:حیث جوز الرهن علی الأعیان المضمونه فمعناه الاستیفاء منه إذا تلف أو نقصت أو تعذر الرد،و الا فلا انتهی-منه رحمه الله.

و أيده المحقق الأردبيلى(قدس سره)بعموم الأدله و عدم ظهور مانع الا اشتراطهم ذلك،و هو غير ثابت بالدليل فى محل النزاع،قال:و لذا نجد تجويزهم فى الدرك على الثمن فى المبيع و غير ذلك فتأمل انتهى.

أقول:و المسأله لخلوها من النص الصريح لا يخلو من الاشكال،و ان كان ما ذكره المحقق المشار اليه لا يخلو من قرب.

ثم انهم قد صرحوا بأنه لا يجوز الرهن على الحق الذى لا يمكن استيفاؤه من من الرهن كالحق المتعلق بعين مخصوصه،كما لو آجره نفسه شهرا أو دابته المعينه،أو داره و نحو ذلك،فان تلك المنفعه لا يمكن استيفاؤها الا من تلك العين المخصوصه،حتى لو تعذر الاستيفاء منها لموت أو خراب أو نحوهما بطلت الإجاره،بخلاف الإجاره المطلقه المتعلقه بالذمه،كما لو استأجره على تحصيل عمل كخياطه ثوب أو كتابه كتاب أو نحو ذلك بنفسه أو غيره،فان الواجب عليه تحصيل تلك المنفعه بأى وجه اتفق،و من أى عين كانت،فيصح الرهن عليها،لكونها حقا ثابتا فى الذمه يمكن استيفاؤه من الرهن.

فروع:

الأول-هل يلحق بالأعيان المضمونه [أخذ الرهن على المبيع و ثمنه؟]

على تقدير القول بجواز أخذ الرهن عليها أخذ الرهن على المبيع و ثمنه؟لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما أو نقصان قدرهما كيلا أو وزنا،و نحو ذلك مما يوجب الضرر على أحد المتبايعين، قولان:

اختار أولهما الشهيد(رحمه الله عليه)و جماعه،لتحقق الفائده،و هى التوثق و الإرفاق،و قيل:بالعدم،لعدم تحقق المقتضى الآن.

و أما ما يتجدد فلو جاز بالنسبه إليه لجاز أيضا فى الأمانات باعتبار ما يتجدد من موجبات الضمان،مع أن ظاهرهم الإجماع على عدم جواز الرهن عليها.

و أجيب بالفرق بين ما نحن فيه و بين الأمانات،بأن ما يتجدد من الأسباب للموجبه للضمان فيما نحن فيه كاشف عن حصوله من حين العقد،كما هو واضح فى نقصان المبيع

أو الثمن،أو ظهور استحقاقهما،فيكون عقد الرهن مضمونا فی نفس الأمر علی تقدير الحاجه إليه،بخلاف الأمانات،فإن سبب الضمان متجدد ظاهرا و فی نفس الأمر،فلا يتحقق المقتضی حين العقد،و هو جيد،الا ان المسأله لخلوها من النصوص محل التوقف.

الثانی [بطلان الرهن علی مال الجعاله] :

المشهور أنه لا يصح الرهن علی مال الجعاله لعدم استحقاق المجعول له المال قبل تمام العمل و ان شرع فيه،و قيل بجوازه بعد الشروع و ان لم يتم، لانتهاء الأمر فيه الی اللزوم،کالثمن فی مده الخيار و نقل عن العلامه فی التذکره.

و رد بعدم استحقاقه الآن شيئا و ان عمل أکثره،و الفرق بينه و بين المبيع فی زمن الخيار ظاهر،لان المبيع متی أبقی علی حاله انقضت مده الخيار،و ثبت له اللزوم، و الأصل فيه عدم الفسخ،بخلاف الجعاله،فإن العمل فيها لو ترک علی حاله لم يستحق بسببه شیء،و الأصل عدم الإکمال.

الثالث [جواز الرهن علی مال الکتابه] :

المشهور جواز الرهن علی مال الکتابه مطلقا،لانه لازم للمکاتب بکلا معنييه،و نقل عن الشيخ-رحمه الله عليه-و جماعه التفصيل فی ذلک،بأنها ان کانت مطلقه فهی لازمه إجماعا فيجوز الرهن علی مالها بغير خلاف،و ان کانت مشروطه فهی جائزه من قبل العبد،فيجوز له تعجيز نفسه فلا يصح الرهن علی مالها،لانتفاء فائده الرهن،و هی التوثق،إذ للعبد إسقاط المال متی شاء.و لانه لا يمکن استيفاء الدين من الرهن،لأنه ان عجز صار الرهن للسيد،لانه من جمله مال المکاتب.

أقول:و منشأ الخلاف من أن مال المکاتبه المشروطه هل هو لازم مطلقا کما هو المشهور،أو أنه جائز من قبل العبد،کما يدعيه الشيخ و من تبعه.

و قد احتج الأصحاب علی لزومه مطلقا بالأدله العامه،مثل قوله عز و جل (۱)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و نحوه و متی کان لازما تحققت الفائده،و صح الرهن عليه، قالوا:-و مع تسليم ما ادعاه الشيخ من جوازها-لا يمتنع الرهن،کالثمن فی مده الخيار

۱- ۱) سوره المائده الآيه-۱.

فإنه يجوز الرهن عليه مع كونه فی معرض السقوط بانقضاء الخيار و لزوم البيع.

و نقل عن شيخنا الشهيد الثانی فی الروضه قولاـ ثالثا،و هو ان المشروطه جائزه من الطرفين،و المطلقه لازمه من طرف السيد خاصه،قال:و يتوجه عدم صحه الرهن ايضا كالسابق،و نقل هذا القول فی باب المكاتبه من الكتاب المذكور عن ابن حمزه،ثم قال:و هو غريب.

أقول:لعل وجه غرابته من حيث الإجماع المدعی عندهم علی لزوم المطلقه، و انما الخلاف فی المشروطه.

الرابع [لو رهن علی مال رهنا ثم استدان مالا آخر و جعله عليهما]

-قالوا:لو رهن علی مال رهنا ثم استدان مالا آخر و جعل ذلك الرهن عليهما معا جاز،لعدم المانع منه مع وجود المقتضی،فإن التوثيق بشیء لشیء آخر لا ينافی التوثق لاخر به،خصوصا مع زياده قيمته علی الأول،و لا يشترط فسخ الرهن الأول ثم تجديده لهما،بل يضم الثانی بعقد جديد،و يجوز العكس أيضا، بأن يرهن علی المال رهنا آخر فصاعدا،و ان كانت قيمه الأول تفی بالدين الأول، لجواز عروض ما يمنع من استيفائه منه،و لزياده الارتفاق،و أنت خبير بأنه ان كان الدين الأخر الذی يريد جعل الرهن الأول عليه لصاحب الدين الأول فيمكن ما ذكروه، و ان كان لغيره فان وقع باذنه و رضاه فكذلك،و الا فإشكال.

قال فی التذكره-فی مقام الرد علی أبی حنيفه حيث نقل عنه أنه لا يجوز الرهن عند غير المرهون و ان وفی بالدينين جميعا بعد كلام فی المقام ما صورته:

فإنه لا استبعاد فی صحه الرهن عند غير المرتهن،و يكون موقوفا علی اجازه المرتهن و ان أجاز المرتهن الأول صح الثانی و هو مؤذن بتوقف صحه ذلك علی اذن المرتهن الأول و سيأتی-إنشاء الله تعالی-تحقيق المسأله فی محلها.

المقام الثانی فی الراهن و المرتهن

اشاره

و يشترط فيهما كمال العقد،و جواز التصرف برفع الحجر عنهما فی التصرف المالی و الاختيار،فلو أكرها أو أحدهما لم ينعقد،و المراد أنه لم ينعقد انعقادا تاما

على حسب ما يقع من المختار،لانه لو أجازه بعد ذلك مختارا صح،فهو كعقد الفضولى،لا أنه يقع باطلا كعقد الغير الكامل العقل،الا أن يبلغ الإكراه إلى كونه رافعا للقصد،فإنه يصير كعقد غير الكامل.

و الكلام فى هذا المقام يقع فى مواضع

[الموضع] الأول-يجوز لولى الطفل رهن ماله

إذا ألجأته الحاجه الى الاستدانه له،مع مراعاه المصلحه فى ذلك،و لو كانت المصلحه فى بيع شىء من ماله دون الاستدانه فهو أولى ان أمكن البيع،و حيث يجوز الرهن يجب كونه فى يد أمين يكون وديعه عنده.

و فى المسالك ان هذا الحكم لا خلاف فيه عندنا،و انما خالف فيه بعض الشافعيه،فمنع من رهن ماله مطلقا،و لولى اليتيم أخذ الرهن له وجوبا كما هو ظاهر كلام الأصحاب فيما لو أدان ماله أو باعه نسيئه.

قالوا:و يعتبر كون الرهن مساويا للحق،أو زائدا عليه،ليمكن استيفاؤه منه،و كونه بيد الولى أو بيد عدل ليتم التوثق و الاشهاد على الحق لمن يثبت به عند الحاجه إليه عاده،فلو أخل ببعض هذه الشروط ضمن مع الإمكان،و هو جيد لما فيه من الاحتياط لمال اليتيم المبنى جواز التصرف فيه على المصلحه و الغبطه، فضلا عن عدم دخول نقص عليه.

[الموضع] الثانى [عدم جواز إقراض مال اليتيم]

-قالوا:لا يجوز إقراض مال اليتيم:لعدم ظهور الغبطه و المصلحه الا أن يخشى عليه من التلف بحرق أو غرق أو نحوهما،فإذا أقرضه فليكن من ثقه ملى،و يأخذ رهنا عليه،و يشهد كما تقدم،هذا إذا أقرضه غيره.

و اما اقتراضه لنفسه،فيحتمل كونه كذلك،لانه تصرف فى مال اليتيم و هو منوط بالمصلحه،و يحتمل جواز الاقتراض و ان لم يظهر وجه للغبطه و المصلحه من غير رهن متى كان ثقه مليا،و يدل على هذا الوجه الأخير جمله من الاخبار الداله على جواز الاستدانه فى الصوره المذكور.

منها ما رواه

فى الكافى بسندين أحدهما صحيح عن منصور بن حازم (١)

ص: ٢٥٥

١- ١) الكافى ج ۵ ص ١٣١ التهذيب ج ۶ ص ٣۴١.

«عن أبی عبد الله علیه السلام فی رجل ولی مال الیتیم أ یستقرض منه؟قال:علی بن الحسین علیهما السلام کان یستقرض من مال أیتام کانوا فی حجره»-و زاد فی الروایه الصحیحه «و لا بأس بذلک».

و قد تقدم الکلام فی هذه المسأله فی بعض المسائل المقدمه الرابعه من کتاب التجاره،و ظاهر الخبر المذکور جواز الاستقراض من غیر رهن،و لا ظهور وجه للغبطه و المصلحه کما ادعوه.

قال فی المسالک:و یحتمل جواز اقتراضه مع عدم الضرر علی الطفل، و ان لم یکن له مصلحه،لإطلاق

روایه أبی الربیع (۱)عن الصادق علیه السلام

«انه سئل عن رجل ولی للیتیم فاستقرض منه؟فقال:ان علی بن الحسین علیه السلام». ثم ساق الروایه کما قدمنا،ثم قال:و الروایه مع تسلیم سندها مطلقه،یمکن تقییدها بالمصلحه،ثم نقل عن التذکره أنه شرط فی جواز اقتراضه الولایه و الملائه و مصلحه الطفل،و احتج علیه بالروایه المذکوره أقول:ما ذکره من السند المشتمل علی ابی الربیع مذکور فی التهذیب، و الذی فی الکافی انما هو عن منصور بن حازم بسندین،أحدهما صحیح،فلا مجال حینئذ للطعن بالسند،و أما تقییدها بالمصلحه فالظاهر بعده، و یعضد هذه الروایه أیضا

روایه أحمد بن محمد بن أبی نصر (۲)قال:

« سألت أبا الحسن(علیه السلام)عن الرجل یکون فی یده مال لأیتام فیحتاج الیه فیمد یده فیأخذه و ینوی أن یرده؟فقال:لا ینبغی له أن یأکل إلا القصد،و لا یسرف و ان کان من نیته أن لا یرده علیهم فهو بالمنزل الذی قال الله تعالی عز و جل إِنَّ الَّذِینَ یَأْکُلُونَ أَمْوٰالَ الْیَتٰامیٰ ظُلْماً» .

و هذه الروایه أظهر فی عدم المصلحه لأن ظاهرها أن المسوغ للاقتراض هو مجرد

ص :۲۵۶

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۱۳۲ التهذیب ج ۶ ص ۳۴۱.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۱۲۸ التهذیب ج ۶ ص ۳۳۹.

الاحتياج و ان لم يكن ثمه مصلحه،نعم يجب تقييده بعدم الضرر كما يشير اليه قوله و ان كان من نيته أن لا يرده إلى أخره.

و من العجب استدلاله فى التذكره على اعتبار المصلحه بالروايه الاولى، مع أنها مطلقه،ثم ظاهر جمله منهم العلامه فى التذكره أنه يشترط فى إقراضه غيره الوثاقه و الملاثه و الرهن جميعا مع الإمكان،و أسقط اعتبار الرهن مع عدم إمكانه.

و ظاهر بعضهم أنه مع إمكان الرهن لا يعتبر كونه ثقه و لا مليا،لانضباط الدين بالرهن،و الظاهر أنه الأقرب،و ان كان الأحوط،و ظاهرهم انه مع تعذر الرهن و الوثاقه لا يجوز الإقراض،و استشكله بعضهم حيث يؤدى تركه الى تلف المال، كالحنطه تتلف بالسوس و نحوها،فإنه لا يزيد على أكل المقترض له،قال:بل الظاهر أن المقبوض كذلك أولى،لإمكان حصوله منه بخلاف ما لو ترك،و على تقدير تحقق عدم الوفاء و تحقق التلف بدون الإقراض،يمكن أولويه الإقراض لثبوته فى ذمته،فيحتمل تخلصه أو وارثه منه،أو أخذه فى الآخره،بخلاف التلف من الله الا أن يقال:بثبوت العوض عليه تعالى،فيحتمل ترجحه لأنه أكثر.

الموضع الثالث [مجرد إطلاق الرهن لا يقتضى كون المرتهن وكيلا فى بيع الرهن لو تعذر الأداء] :

لا يخفى أن مجرد إطلاق الرهن لا يقتضى كون المرتهن وكيلا فى بيع الرهن لو تعذر الأداء.نعم يجوز له ان يشترط كونه وكيلا فى البيع عند الحلول و تعذر الوفاء،لانه من الشروط السائغه،و كذا يجوز اشتراطها لوارثه من بعده أو وصيه بعد موته،و كذا يجوز اشتراطها لأجنبى غيره،و غير وارثه و وصيه و دليل لزوم الشرط المذكور ما تقدم من أدله وجوب الوفاء بالشروط الواقعه فى العقود اللازمه،و لما كان الرهن لازما من جهه الراهن فقط،كانت الوكاله لازمه من جهته،و أما من جانب المرتهن فلا:و له عزل نفسه و كذا الغير فإنه لمصلحته،و هل للراهن فسخها بعد ذلك؟قولان،أظهرهما العدم،لما عرفت من أن عقد الرهن لازم من جهته،فيلزم ما شرط فيه كذلك.

احتج القائلون بالجواز بوجوه:أحدها-أن الوكاله من العقود الجائزه و من شأنها تسلط كل منهما على الفسخ،و ثانيها-أن الشروط لا يجب الوفاء بها

و ان كانت فى عقد لازم،بل غايتها تسلط المشروط له على فسخ العقد المشروط فيه،و ثالثها-أن لزوم الشرط انما يكون مع ذكره فى عقد لازم كالبيع و نحوه، و الرهن ليس كذلك،فان ترجيح أحد طرفيه على الأخر ترجيح من غير مرجح.

و الجواب عن الأول أن الوكاله و ان كانت فى نفسها و من حيث هى كذلك، الا أنه لا ينافى حصول اللزوم لها بعارض،كجعلها شرطا فى عقد لازم و هو هنا كذلك.

و عن الثانى-بمنع ما ذكره،و قد تقدم تحقيق المسأله فى المسأله الثانيه من المقام الثانى فى أحكام الخيار من كتاب البيع،و أن الأظهر هو وجوب الوفاء بالشرط الواقع فى العقد اللازم.

و عن الثالث-بما قدمنا من أن عقد الرهن لما كان لازما من طرف الراهن كان ما يلتزمه الراهن لازما من قبله،عملا بمقتضى اللزوم،و الشرط وقع من الراهن على نفسه فيلزم،و لما كان من طرف المرتهن جائزا كان ما يلتزمه كذلك،فيجوز له فسخ الوكاله،لأنها حقه،فيجوز له تركه.

و تبطل الوكاله بموت المشروط له،لا من حيث كونها من العقود الجائزه و من شأنها أن تبطل بالموت،بل من حيث أن الغرض من الوكاله الاذن فى التصرف، فيقتصر فيها على من أذن له،فإذا مات بطلت من هذه الجهه.كما تبطل العقود اللازمه الجاريه على نحو ذلك،كالإجاره المشروطه فيها العمل بنفسه،فإنها بموته تبطل و أما أصل عقد الرهن فلا يبطل بموت أحدهما،لأنه وثيقه على الدين،فيبقى ببقائه فعلى هذا لو كانت الوكاله للمرتهن فإنه بموته ينتقل الرهانه إلى وارثه،دون الوكاله، الا أن يكون مشترطه للوارث.

و لو كان المرتهن وكيلا فى بيع الرهن،فهل يجوز له ابتياعه و تولى طرفى العقد أم لا؟قولان:و علل الأول-بأن الغرض و هو البيع بثمن المثل حاصل،و خصوصيه المشترى ملغاه،حيث لم يتعرض لها.

و علل الثانى-بأن ظاهر الوكاله لا يتناوله،قال فى المسالك بعد نقل ذلك:و

الأقوی الجواز فی کل وکاله انتهی.

و المشهور جواز البیع علی ولده بطریق أولی.و نقل عن ابن الجنید المنع من البیع علی نفسه و ولده و شریکه و من یجری مجریهما للتهمه.

أقول:و مرجع المسأله الاولی الی جواز بیع الوکیل من نفسه و عدمه، و قد تقدم الکلام فی هذه المسأله فی المقدمه الثانیه فی آداب التجاره من کتاب التجاره،و کذا فی بعض مواضع المسأله الرابعه من المقام الثانی من الفصل الأول فی البیع من الکتاب المذکور،و أما ما نقل عن ابن الجنید من التعمیم المذکور فلم نقف له علی مستند معتمد.

الموضع الرابع [حکم الراهن إذا مات و علیه دیون] :

المشهور ان الراهن إذا مات و علیه دیون یقصر ماله عنها، فالمرتهن أحق باستیفاء دینه من الرهن،دون غرماء المیت،و علل بأن ذلک مقتضی الرهانه،و أنه استحق الاستیفاء من المرتهن قبل تعلق سائر الدیون بالأموال و الترکه،فلا یشارکه أحد،و هو جید الا أن ما وصل إلینا من الاخبار المتعلقه بذلک علی خلافه.

و منها ما رواه

الشیخ عن عبد الله بن الحکم (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل أفلس و علیه دین لقوم،و عند بعضهم رهون،و لیس عند بعضهم فمات،و لا یحیط ماله بما علیه من الدین،قال:یقسم جمیع ما خلف من الرهون و غیرها علی أرباب الدین بالحصص». و رواه الصدوق بإسناده عن محمد بن حسان عن أبی عمران الأرمنی عن عبد الله بن الحکم مثله.

و ما رواه

الشیخ و الصدوق جمیعا عن محمد بن عیسی بن عبید عن سلیمان بن حفص المروزی (۲)قال:

«کتبت الی أبی الحسن علیه السلام فی رجل مات و علیه دین، و لم یخلف شیئا إلا رهنا فی ید بعضهم فلا یبلغ ثمنه أکثر من مال المرتهن،أ یأخذه بماله أو هو و سائر الدیان فیه شرکاء؟فکتب علیه السلام جمیع الدیان فی ذلک سواء،

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۷۸ الفقیه ج ۳ ص ۱۹۶.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۱۷۸ الفقیه ج ۳ ص ۱۹۸.

یوزعونه منهم بالحصص»الحدیث. و لم أر من تعرض للجواب عن الخبرین المذکورین من القائلین بالقول المشهور.

و المشهور وجوب تقدیم صاحب الرهن أیضا فیما لو کان الراهن حیا،بل صرح بعض محققی متأخری المتأخرین بأن ذلک إجماع،قال:و مستنده کون ذلک من خصائص الرهن،فان الدین المتعلق بالرهن لا محاله له تعلق بالاستیفاء،و ان ذلک من فوائده التی شرع لها.

أقول:و لم أقف هنا علی نص ینافی ذلک،فلا بأس بالقول به،و انما الإشکال فی المیت،فان ظاهرهم القول بالاختصاص،بل لم أقف علی مخالف صریح فی الحکم المذکور،و صریح الخبرین المذکورین التشریک،و اطراحهما-و الخروج عنهما بغیر معارض-مشکل،فالظاهر هو القول بما دلا علیه من التشریک،و یکون الحکم هنا مستثنی من قاعده الرهن التی أشاروا إلیها و تمسکوا بها.

و نقل عن بعض الفضلاء المعاصرین (۱)(قدس الله روحه)القول بذلک،بعد أن اختاره عن ظاهر الصدوق فی الفقیه،و لعله لذکره خبر المروزی فی الکتاب المذکور،بناء علی ما ذکره فی صدر کتابه،و نقله عن المحدث الشیخ محمد بن الحسن الحر،و عن جده العلامه المحدث السید نعمه الله الجزائری طاب ثراهما، ثم قال:و هو لازم علی جمیع أهل الاخبار،لصراحتهما فی المطلوب،و سلامتهما من المعارض.

ثم نقل عن الفاضل المشهور بخلیفه سلطان-فی حواشیه علی کتاب الفقیه-تأویل الخبرین بأن المراد ما رهنه بعد الحکم بإفلاسه،ثم رده بأنه مع بعده غیر محتاج الیه لتوقفه علی وجود المعارض،ثم قال:و ما استندوا إلیه فی التسویه بین الحی و المیت-من سبق تعلق حق المرتهن بالرهن-یمکن منعه،بما أورده ابن فهد فی المهذب

۱- ۱) هو الفاضل الآقا السید عبد الله بن المقدس السید نور الدین بن العلامه السید نعمه الله الجزائری(نور الله تعالی مراقدهم)فی بعض أجوبه مسائل له-منه رحمه الله.

من أن الحی له ذمه یتعلق بها دیون الباقین،و یمکن وفاءهم مع حیاته،و بعد الموت یتعلق حقوق الدیان بأعیان الترکه،فیتساوی الجمیع فی ذلک،نظیر ما قالوه فی غریم المیت الذی یجد عین ماله،أنه لیس له أخذها،لان دینه و دین غیره متعلق بذمه المیت،و هم مشترکون فیه،و ان کان فی ذلک کلام بیناه فی محله انتهی کلامه(قدس سره)و هو جید.

الموضع الخامس [عدم جواز تصرف المرتهن فی الرهن إلا مع الإذن]

-المشهور أنه لیس للمرتهن التصرف فی الرهن مطلقا الا بإذن الراهن،فان تصرف لزمته الأجره فی ماله أجره،کرکوب الدابه و سکنی الدار،لانه انتفاع بمال الغیر بغیر اذنه،فیضمن أجرته المثلیه فی المثل،أو القیمه فیما یضمن کذلک،کاللبن و نحوه،و لو أنفق علی الدابه فإن کان بأمر المرتهن رجع بها علیه،و الا استأذنه،فإذا امتنع أو غاب رجع الی الحاکم الشرعی،و ان تعذر أنفق بنیه الرجوع.و أشهد علی ذلک،لیثبت له به الحق.

و قال الشیخ فی النهایه:و إذا کان الرهن دابه فرکبها المرتهن کانت نفقتها علیه، و کذلک ان کانت شاه شرب لبنها کانت علیه نفقتها،و إذا کان عند الإنسان دابه أو حیوان رهنا فان نفقتها علی الراهن دون المرتهن،فإن أنفق المرتهن علیها کان له رکوبها و الانتفاع بها،أو الرجوع علی الراهن بما أنفق.

و قال ابن إدریس بعد کلام فی المقام:و الأولی عندی أنه لا یجوز له التصرف فی الرهن علی حال،للإجماع علی أن الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فی الرهن.

و قال أبو الصلاح:یجوز للمرتهن إذا کان الرهن حیوانا،فیکفل مؤنته أن ینتفع بظهره أو خدمته أو صوفه أو لبنه و ان لم یتراضیا،و لا یحل شیء من ذلک من غیر تکفل مؤنه و لا مرضاه،و الاولی ان تصرف قیمه منافعه فی مؤنته.

أقول:و الذی وقفت علیه فی هذا المقام من الاخبار ما رواه

ثقه الإسلام فی الکافی عن أبی ولاد (۱)فی الصحیح قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یأخذ الدابه و البعیر

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۳۶ الفقیه ج ۳ ص ۱۹۶.

رهنا بماله أ له أن يركبه؟قال:فقال:ان كان يعلفه فله أن يركبه،و ان كان الذى رهنه عنده يعلفه،فليس له أن يركبه». و رواه الصدوق فى الفقيه عن ابن محبوب عن أبى ولاد مثله،إلا أنه عبر بضمير التثنيه فى المواضع الخمسه،و رواه الشيخ فى الصحيح ايضا مثله.

و ما رواه

الشيخ عن السكونى (۱)

«عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن على عليهم السلام،قال:قال رسول الله صلى الله عليه و آله:الظهر يركب إذا كان مرهونا،و على الذى يركبه نفقته،و الدر يشرب إذا كان مرهونا و على الذى يشرب نفقته». و رواه الصدوق عن إسماعيل بن مسلم عن جعفر بن محمد عليه السلام.

و الخبران كما ترى دالان بظاهرهما على ما ذكره الشيخ فى النهايه،و الأصحاب حملوهما على ما إذا أذن له الراهن فى الإنفاق مع تساوى الحقين.

و أنت خبير بما فيه من البعد عن سياق الخبرين،سيما الأول،لأن السائل سأله عن الرجل يأخذ الدابه أو البعير إله أن يركبه يعنى من غير اذن الراهن،و الا فمع الاذن لا معنى للسؤال بالكليه،فأجاب عليه السلام بأن له ذلك ان كان يعلفه،و اعتبار مساواه الحقين مع عدم انضباط الركوب-و احتماله القله و الكثره،و ان أمكن انضباط العلف-بعيد جدا،و تخصيص القواعد-التى ألجأتهم الى هذا التأويل-بهذين الخبرين سيما الأول لصحته و صراحته غير بعيد و يظهر من الفاضل الخراسانى فى الكفايه الميل الى ما ذهب اليه الشيخ، حيث قال بعد نقل الصحيحه المذكوره:و قول الشيخ قوى،و يؤيده روايه السكونى انتهى و هو جيد.

و لو كان للرهن غله و فوائد و تصرف فيها المرتهن وجب عليه أن يحتسبها من دينه،و بذلك تكاثرت الاخبار مضافا إلى اتفاق الأصحاب.

و منها ما رواه

فى الكافى و التهذيب فى الصحيح أو الحسن عن ابن

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۱۷۵ الفقيه ج ۳ ص ۱۹۵.

سنان (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی کل رهن له غله أن غلته تحتسب لصاحب الرهن مما علیه».

و عن محمد بن قیس (۲)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام

«أن أمیر المؤمنین علیه السلام قال:فی الأرض البور یزرعها الرجل لیس فیها ثمره فزرعها و أنفق علیها من ماله:أنه تحتسب له نفقته و عمله خالصا،ثم ینظر نصیب الأرض فیحتسب من ماله الذی ارتهن به الأرض حتی یستوفی ماله،فلیدفع الأرض إلی صاحبها».

و ما رواه

فی الفقیه عن الحسن بن محبوب عن الکرخی (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل رهن بماله أرضا أو دارا لهما غله کثیره،فقال:علی الذی ارتهن الأرض و الدار بماله أن یحسب لصاحب الأرض و الدار ما أخذ من الغله و یطرحه عنه من الدین الذی له».

و عن محمد بن قیس (۴)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام قال:

«ان رهن رجل أرضا فیها ثمره فإن ثمرتها من حساب ماله،و له حساب ما عمل فیها و أنفق منها، و إذ استوفی ماله فلیدفع الأرض إلی صاحبها».

و إطلاق هذه الاخبار شامل لما لو کان التصرف باذن الراهن أو بغیر اذن، و لا فرق بینهما فی الحکم المذکور الا باعتبار الإثم و عدمه.

قال الصدوق فی کتاب المقنع:إذا کان الرهن دارا لها غله فالغله لصاحب الدار،فان سکنها المرتهن لم تکن علیه غلتها لصاحبها،الا أن یکون استأجرها منه، فان آجرها فعلیه أن یحسب کراها من رأس ماله.

قال فی المختلف:و هذا الإطلاق لیس بجید،بل ینبغی التقیید بالسکنی باذن الراهن،و الظاهر أن مراده ذلک.

أقول من العجب أن الصدوق لا یفتی فی هذا الکتاب الا بمتون الاخبار،مع ان

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۳۵.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۳۵.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۱۹۶.

۴- ۴) الفقيه ج ۳ ص ۱۹۷.

کلامه هنا مما یخالف ما نقلناه من الاخبار،مع عدم وجود خبر به فیما وصل إلینا من الاخبار و الله العالم.

الموضع السادس [جواز بیع الرهن عند موت الراهن و خوف جحود الورثه للدین]

-قد صرحوا بأنه إذا لم یکن المرتهن وکیلا فی البیع اما لعدم الوکاله،أو لبطلانها بموت الراهن کما تقدم (۱)فإنه یجوز له لو مات الراهن و خاف جحود الورثه للدین أن یبیع بنفسه،و یستوفی حقه،و یرجع الباقی ان کان علی الورثه،و کذا یجوز له لو خاف جحود الرهن أیضا و لم یکن وکیلا،و ینبغی أن یعلم ان ذلک مع البینه التی یمکن بها إثبات الحق عند الحاکم الشرعی،و الا وجب أن یثبت عنده الدین و الرهن،و یستأذنه فی البیع،کذا قالوا:

و یدل علی أصل الحکم المذکور ما رواه

الصدوق و الشیخ عن سلیمان بن حفص المروزی (۲)

«أنه کتب الی أبی الحسن علیه السلام فی رجل مات و له ورثه، فجاء رجل و ادعی علیه مالا و أن عنده رهنا فکتب علیه السلام ان کان له علی المیت مال، و لا بینه له فلیأخذ ماله عما فی یده،و لیرد الباقی علی الورثه،و متی أقر بما عنده أخذ به،و طولب بالبینه علی دعواه و أوفی حقه بعد الیمین،و متی لم یقم البینه و الورثه ینکرون،فله علیهم یمین علم،یحلفون بالله ما یعلمون له علی میتهم حقا».

و ظاهر الخبر أن أخذه مما فی یده مشروطه بعدم البینه،کما ذکره الأصحاب، و فی معناه عدم إمکان الإثبات عند الحاکم لآمر آخر غیر عدم البینه،و یؤیده قبح التصرف فی مال الغیر إلا بإذنه،خرج صوره عدم إمکان الإثبات للضروره و الإجماع، فبقی ما عداه،و ینبغی أن یراعی فی الخوف الموجب للتصرف ما کان مستندا إلی القرائن المفیده للظن الغالب بجحود الورثه أو الراهن،فلا یکفی مجرد توهم ذلک و الله العالم.

۱- ۱) فی الموضع الثالث ان الوکاله من العقود الجائزه و من شأنها أن یبطل بالموت کما صرح به الأصحاب-منه رحمه الله.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۱۷۸ الفقیه ج ۳ ص ۱۹۸.

[الموضع] السابع [حرمه التصرف لكل من الراهن و المرتهن إلا بإذن الآخر] :

الظاهر أنه لا خلاف فى تحريم التصرف لكل من الراهن و المرتهن فى الرهن إلا بإذن الآخر،أما المرتهن فظاهر،لانه غير مالك،و مجرد الرهن لا يستلزم جواز التصرف.

و يدل عليه أيضا جمله من الاخبار،منها ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن ابن بكير (۱)فى الموثق قال:

«سألت أبا عبد الله(عليه السلام)،عن الرجل رهن رهنا ثم انطلق،فلا يقدر عليه أ يباع الرهن؟قال:لا حتى يجىء صاحبه».

و ما رواه

المشايخ الثلاثه

«عطر الله مراقدهم،عن،عبيد بن زراره (۲)عن أبى عبد الله(عليه السلام)«فى رجل رهن رهنا الى وقت غير موقت،ثم غاب هل له وقت يباع فيه رهنه؟قال:لا حتى يجىء». و فيهما دلاله لا سيما الثانيه على جواز الرهن من غير تعيين وقت،و لا وكاله فى البيع،و على المنع من البيع على تقدير التعذر.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب و الفقيه عن إسحاق بن عمار (۳)فى الموثق بروايه الثالث قال:

«سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يكون عنده الرهن،فلا يدرى لمن هو من الناس،فقال:لا أحب أن يبيعه حتى يجىء صاحبه،قلت:لا يدرى لمن هو من الناس؟فقال:فيه فضل أو نقصان؟فقلت:فان كان فيه فضل أو نقصان فقال:

ان كان فيه نقصان فهو أهون يبيعه فيؤجر فيما نقص من ماله،و ان كان فيه فضل فهو أشدهما عليه يبيعه و يمسك فضله حتى يجىء صاحبه» (۴). و فى روايه الفقيه قد-

---

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۱۶۹.
۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۲۳۴ التهذيب ج ۷ ص ۱۶۹ الفقيه ج ۳ ص ۱۹۷.
۳- ۳) الكافى ج ۵ ص ۲۳۳ التهذيب ج ۷ ص ۱۶۸ الفقيه ج ۳ ص ۱۹۷.
۴- ۴) أقول:احتمل بعض مشايخنا المحدثين من متأخر المتأخرين أن يكون قوله يبيعه و يمسك فضله بأن يكون المبيع مجموع الرهن،و على هذا المراد لفضله الباقى من الثمن زائدا على الدين،و أن يكون المبيع قدر حقه،و يكون المراد بالفضل باقى الرهن

و الأشـديه على هـذا الوجه لعلها باعتبار الضـمان،أو باعتبار عدم تيسـر مشتر لهذا الباقى،أقول:لا يخفى بعد الحمل الثانى و سـياق الخبر انما يقتضـى معنى الأول كما يشـير اليه كلامه عليه السـلام فى صوره النقصان و مرجع الضـمائر فى سياق الخبر انما هو الى الرهن،و الحمل على قدر الحق تقتضى تفكيك الضمائر و هو معيب-منه رحمه الله.

سقط بعد الناس الاولی،الی الناس الثانیه،و حمل البیع هنا علی کونه وکیلا أو بإذن الحاکم الشرعی.

قال فی المختلف:إذا حل الدین لم یجز بیعه الا أن یکون وکیلا أو یأذن له الحاکم،قاله ابن إدریس و هو جید،و أطلق أبو الصلاح جواز البیع مع عدم التمکن من استیدان الراهن،و لا یبعد عندی العمل بظاهر الخبر فی الصوره المذکوره من بیع المرتهن من غیر أحد الأمرین،بناء علی ظاهر الاذن منه(علیه السلام)هنا،و لعل وجه الأشدیه فی صوره الفضل من حیث أنه یلزمه حفظ الفضل الی أن یظهر صاحبه.

بقی الکلام فی أن هذا الخبر دل علی جواز البیع مع التعذر،و ما قبله دل علی المنع،کما قدمنا الإشاره الیه،و یمکن الجمع بالفرق بین الموقت و غیره، فیحمل الأول علی غیر الموقت،کما هو ظاهر الخبر المذکور،و الثانی علی الموقت و المؤجل،فإنه متی حل الأجل جاز البیع علی النحو المتقدم،و یحتمل حمل الخبر الأول علی الکراهه المؤکده،کما یشیر الیه قوله علیه السلام فی الخبر الثانی«لا أحب أن یبیعه حتی یجیء صاحبه».

و أما الراهن فظاهر الأصحاب کما عرفت أنه کذلک،و هو بالنسبه الی ما یخرجه عن کونه رهنا کبیع و عتق و نحوهما،أو یوجب نقصانه،کإجاره و نحوها مما لا اشکال فیه،و أما التصرف بما لا یوجب شیئا من ذلک،کتزویج العبد و تقبیل الأمه و تعلیمها الصنعه و نحو ذلک فلا دلیل علیه،الا أن یدعی الإجماع فی المقام و مما یؤید ما ذکرناه ما رواه،

فی الکافی فی الصحیح أو الحسن عن

الحلبی (۱)قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل رهن جاریه عند قوم أ یحل له أن یطأها؟قال:ان الذین ارتهنوها یحولون بینه و بینها،قلت أ رأیت ان قدر علیها خالیا قال:نعم لا أری هذا علیه حراما».

و عن محمد بن مسلم (۲)فی الصحیح عن أبی جعفر علیه السلام

«فی رجل رهن جاریته قوما أ یحل له أن یطأها قال:فقال:ان الذین ارتهنوها یحولون بینه و بینها، قلت:أ رأیت ان قدر علیها خالیا،قال نعم لا أری به بأسا». و رواهما الشیخ(رحمه الله) أیضا و الصدوق روی الثانی بإسناده عن العلاء عن محمد بن مسلم مثله،الا أنه قال «ان قدر علیها خالیا و لم یعلم به الذین ارتهنوها».

و من العجب ما نقل عن بعضهم من عدم جواز الوطی و ان أذن المرتهن، و الاخبار الصحیحه کما تری تنادی بالجواز مع عدم الاذن.

و قال فی الدروس و فی روایه الحلبی یجوز وطؤها سرا و هی متروکه، و نقل فی المبسوط الإجماع علیه،و أنت خبیر بما فیه،فان ترک الروایه سیما مع صحه سندها و تأیدها بالصحیحه الأخری مع عدم المعارض لا یخلو من مجازفه.

و بالجمله فإنی لا أعرف لهم دلیلا علی ما یدعونه من العموم،الا دعوی الإجماع، کما سمعت من نقله عن المبسوط،و نحوه ما تقدم فی کلام ابن إدریس فی الموضع الخامس،و فیه ما عرفت فی غیر موضع.

قال فی المسالک:لما کان الرهن وثیقه لدین المرتهن لم یتم الوثیقه إلا بالحجر علی الراهن،و قطع سلطنته،فیتحرک إلی الأداء،فمن ثم منع الراهن من التصرف فی الرهن،سواء أزال الملک کالبیع أم النفقه کالإجاره أم انتقض المرهون و قل الرغبه فیه،کالتزویج،أم زاحم المرتهن فی مقصوده کالرهن لغیره،أم أوجب انتفاعا و ان لم یضر بالرهن کالاستخدام و السکنی،و لا یمنع من تصرف یعود نفعه علی الرهن

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۳۵ التهذیب ج ۷ ص ۱۶۹.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۳۷ التهذیب ج ۷ ص ۱۶۹ الفقیه ج ۳ ص ۲۰۱.

كمداواه المريض،و رعى الحيوان،و تأبير النخل،و ختن العبد،و خفض الجاريه ان لم يؤد الى النقص انتهى.

و هو ظاهر فى تخصيص جواز تصرف الراهن بما يعود به النفع على الرهن، و أما ما عداه فهو محرم،و حينئذ فمحل البحث معهم فى ما عدا هذا الموضع، و ما عدا ما أشرنا إليه آنفا مما يخرجه عن كونه رهنا أو يوجب نقصا،فإنه لا بحث بينهم فيه.

و ظاهر كلامه هنا أن الموجب للتحريم فى محل البحث هو التحرك إلى أداء الدين،فإنه لو جاز له التصرف فيه،و الانتفاع به فى الوجوه المذكوره مما عدا ما استثنى لم يتحرك إلى الأداء.

و فيه مع الإغماض عما عرفت-فى غير مقام من عدم صلاحيه أمثال هذه التعليلات لتأسيس الأحكام الشرعيه-ان ذلك يمكن استدراكه ببيع الرهن بعد حلول الأجل،و استيفاء الدين كما هو قضيه الرهن انتفع به أو لم ينتفع به،و نحن انما وافقناهم فى صوره التصرف بما يزيل الملك أو يوجب النقصان لما فى الأول من فوات الرهن،و فى الثانى من دخول الضرر على المرتهن،و أما ما عدا ذلك فلا وجه للمنع منه مع عدم النص،و يخرج ما ذكرنا من الخبرين الصحيحين شاهدا.

و الى ما اخترناه يميل كلام المحقق الأردبيلى(قدس سره)فى شرح الإرشاد حيث قال-بعد البحث فى المقام و ذكر الخبرين المتقدمين-ما لفظه:و بالجمله المنع مطلقا غير ظاهر الوجه،كما هو ظاهر أكثر العبارات،خصوصا عن الوطى و مثله، أو أقل ضررا منه،أو ما لا ضرر على الرهن مثل الاستخدام،و لبس الثوب إذا لم ينقص و لا يضر،و سكنى الدار و ركوب الدابه و استكتاب المملوك الى آخر كلامه زيد فى إكرامه و هو جيد.

و نحوه أيضا الفاضل الخراسانى فى الكفايه و هو ظاهر الصدوق بناء على نقله صحيحه محمد بن مسلم و ما ذكره فى صدر كتابه و الله العالم.

ص :۲۶۸

[الموضع] الثامن [حكم ما لو وطئ الراهن الأمه المرهونه] :

إذا وطأ الراهن الأمه المرهونه بإذن المرتهن أو بدونه و أحبلها صارت أم ولد،لأنها لم تخرج من ملكه بالرهن،و ان منع من التصرف فيها كما هو المشهور بينهم،و على تقديره يأثم و يستحق التعزير مع عدم الاذن،و على ما قدمناه فى سابق هذا الموضع من دلاله الخبرين الصحيحين على صحه الوطى مع عدم الاذن فلا اثم،و لا تعزير.

ثم انه مع الاحبال و صيرورتها أم ولد فهل تباع فى دين المرتهن؟كما هو قضيه الرهن أقوال:أحدها:جواز البيع مطلقا،عملا بما دل على بيع الرهن عند حلول الأجل و عدم أداء الراهن،و لان حق المرتهن قد سبق الاستيلاد المانع،و هذا القول مختار الشهيدين.

و ثانيها:المنع مطلقا عملا بما دل على المنع من بيع أمهات الأولاد و هذا منها.

و ثالثها:التفصيل بإعسار الراهن فتباع،و يساره فلا تباع،و يلزمه القيمه من غيرها يكون رهنا،و هذا القول نقل عن الشيخ فى الخلاف،و العلامه فى التذكره.

و رابعها:التفصيل بجواز البيع مع وطئها بغير اذن المرتهن،و العدم مع وقوعه باذنه،و نقل عن الشهيد(رحمه الله)فى بعض حواشيه.

و مرجع الأقوال المذكوره إلى تعارض دليلى جواز بيع الرهن،و منع بيع أم الولد،فمن الأصحاب من جمع بينهما بالتفصيل المذكور فى القولين الأخيرين، و منهم من عمل بالترجيح،كما فى القولين الأولين،فبعض رجح أدله جواز بيع الرهن،و الآخر رجح أدله منع بيع أم الولد،و الحق فى المسأله أن ما ذكر من التفصيل فى كل من القولين الأخيرين لا دليل عليه الا مجرد أمور اعتباريه،و انما يبقى التعارض بين أدله جواز بيع الرهن و أدله منع بيع أم الولد.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى الاستناد فى ترجيحه أدله جواز بيع الرهن الى سبق سببه،قال فى المسالك:و أقوى ترجيح جانب الرهن بسبق سببه،فتجويز

البیع مطلقا أقوی و فیه ما لا یخفی.

و بـالجمله فـإنه قـد تعارض إطلاق أدله جواز بیع الرهن و إطلاق أدله المنع من بیع أم الولـد،و تخصـیص أحـد الإطلاقین بالآخر یحتاج الی دلیل،الا أنی لم أقف بعـد التتبع للاخبار علی ما یدل منها علی ما ذکروه،و ان اشـتهر بینهم،بل ادعی الإجماع علیه من اختصـاص الرهن بحق المرتهن،فیطلب من الرهن بیعه إذا لم یکن وکیلا عنه فی البیع،أو الاـذن فیه،فـان فعـل و الا رفع الأمر إلی الحاکم الشرعی کما ذکروه(رضوان الله علیهم).

بل ظاهر الاخبار المتقدمه فی الموضع الرابع (۱)من هذا المقام انما هو العدم، فیما إذا مات الراهن،و استغرقت دیونه الترکه،حیث حکم علیه السلام فیهـا بالتشـریک بین جمیع هـذه الغرمـاء،و ان کـان الأصـحاب لم یقولوا بمضـمونها،لخروجهـا عن قاعـدتهم المـذکوره،و لم أقف فی الاخبـار علی مـا ذکروه إلاـ فی صوره مـا لو خـاف المرتهن جحود الورثه،کما مر فی الموضع السادس (۲)فإن الروایه قـد صـرحت فی هـذه الصوره بأنه یأخذ ماله مما فی یده،و اما ما عدا ذلک فلا،و حینئذ فیقوی بناء علی ما ذکرناه القـول بـالمنع من الـبیع عملاـ بالأخبـار الـداله علی عـدم جواز بیع أم الولـد من غیر معـارض فی هـذا المقـام سوی صوره خوف الجحود.

لکن ربمـا نـافی ذلـک مـا ورد فی جمله من أخبـار الرهن من قولهم علیهم السـلام اسـتوثق من مالـک،إذ لاـ معنی للاستیثاق الا باعتبار أخذ الدین من الرهن بعد تعذر الأداء من الراهن.

و من الاخبار الداله علی ذلک

صحیحه عبد الله بن سنان (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن السلم فی الحیوان و الطعام و یرتهن الرجل بماله رهنا؟قال:نعم استوثق من مالک».

ص: ۲۷۰

۱- ۱) ص ۲۵۹.

۲- ۲) ص ۲۶۴.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۱۶۵.

و فی موثقه سماعه (۱)الوارده فی أخذ الرهن علی مال المسلم ایضا

«قال علیه السلام:لا بأس أن تستوثق من مالک». و نحوهما غیرهما و لعل هذه الاخبار و نحوها هی مستند الأصحاب فیما ذکروه هنا،و ان کانت غیر صریحه فیما ادعوه من القاعده المذکوره، فإن مجرد الاستیثاق لا یدل علی جواز البیع،و لعله باعتبار الحجر عن الانتفاع به.

و کیف کان فالمسأله لا یخلو من الاشکال،ثم انه ینبغی أن یعلم أنها بالوطء بل بالحمل لا تخرج عن کونها رهنا،إذ لا منافاه بینهما،و ان منعنا من بیع أم الولد لإمکان موت الولد،فإنه مانع،و إذا مات عمل السبب السابق عمله.

التاسع:لو وطأها المرتهن بغیر اذن الراهن مکرها لها

،فالذی ذکره جمله من الأصحاب أن علیه عشر قیمتها ان کانت بکرا،و نصف العشر ان کانت ثیبا،و قیل:

مهر أمثالها مطلقا،لانه عوض الوطی شرعا.

و نقل عن الشهید(رحمه الله)فی بعض حواشیه القول بتخیر المالک بین الأمرین و هل یجب علی کل من التقدیرین المذکورین أرش البکاره زائدا علی المهر،أو العشر؟جعله شیخنا الشهید الثانی فی المسالک احتمالا،و جزم به فی الروضه،قال:

لانه حق جنایه،و عوض جزء فائت،و المهر علی التقدیرین عوض الوطی.

ثم اعترض علی نفسه بأنه إذا وجب أرش البکاره صارت ثیبا فیجب علیه مهر الثیب خاصه،و أجاب بأنه إذا وطأها بکرا فقد استوفی منفعتها علی تلک الحال، و فوت جزء منها،فیجب عوض کل منهما،فلا یتداخلان،و لأن أحدهما عوض جزء و الأخر عوض منفعه.

و ربما قیل:بدخوله فی العشر،و عدم دخوله فی مهر المثل،و أکثر عبارات الأصحاب هنا مطلقه،و لو طاوعته فالمشهور أنه لا شیء علیه،استنادا الی

قوله صلی الله علیه و آله (۲)

«لا مهر لبغی». و هو نکره فی سیاق النفی فیعم،و رد بمنع دلالته علی موضع النزاع،

ص :۲۷۱

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۴۲ الفقیه ج ۳ ص ۱۶۶.

۲- ۲) التهذیب ج ۱۰ ص ۳۶ لکن عن ابی جعفر عن آبائه علیهم السلام مع اختلاف یسیر.

لأن الأمه لا تستحق المهر و لا تملكه،و انما هو لمولاها فلا ينافى استحقاق مولاها، مع كون التصرف وقع فى ملكه بغير اذنه،مع أن المهر شرعا انما يطلق على عوض بضع الحره،حتى سميت بسببه مهيره،بخلاف الأمه فالنفى فى النص محمول عليها، قالوا:و بذلك يظهر أن ثبوت المهر أقوى،و المراد به أحد الأمرين السابقين فيما تقدم من القولين،قيل:و على تقدير نفيه كما هو المشهور لا شبهه فى ثبوت أرش البكاره،لأنها جنايه على مال الغير،فثبت أرشها.

أقول:لم أقف فى هذا المقام على نص يتعلق بما ذكروه من هذه الأحكام بالنسبه إلى الزانى بأمه غيره،رهنا كانت أم لا،و ان كان ظاهر كلامهم الاتفاق على جل هذه الأحكام فى الجمله.

و الذى وقفت عليه مما ربما يناسبه،و يمكن أن يكون هو المستند لهم بالنسبه إلى العشر،و نصف العشر،ما رواه

الكلينى فى الصحيح عن الفضيل بن يسار (۱)قال:

«قلت:لأبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال:قلت له:فما تقول فى رجل عنده جاريه نفيسه،و هى بكر أحل لأخيه ما دون فرجها إله أن يفتضها؟قال:لا-ليس له الا-ما أحل منها،و لو أحل له قبله منها لم يحل له ما سوى ذلك،قلت:أ رأيت ان أحل له ما دون الفرج،فغلبته الشهوه فافتضها،قال:لا-ينبغى له ذلك،قلت:فان فعل أ يكون زانيا قال:لا،و لكن يكون خائنا،و يغرم لصاحبها عشر قيمتها ان كانت بكرا،و ان لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها». و صريحها أن الواطئ فى هذه الصوره ليس بزان،و كذا صحيحه الوليد بن صبيح المتقدمه فى المسأله التاسعه من المقصد الثانى من الفصل التاسع فى بيع الحيوان من كتاب البيع (۲)و موردها تدليس المزوج للجاريه،و هى أخص من المدعى أيضا،فإن ظاهر كلامهم أن هذا حكم الزانى بأمه غيره،و ان كان لشبهه شراء أو تدليس أو نحو ذلك،و لعل مستندهم

۱- ۱) الکافى ج ۵ ص ۴۶۸.

۲- ۲) ج ۱۹ ص ۴۵۲.

أنه إذا ثبت ذلك فى التزويج بتدليس الولى،و كذا فى صورتى التحليل لغير الفرج و ان لم يكن زانيا ففى صوره الزنا بطريق أولى،سيما مع قوله فى صحيحه الوليد المشار إليها بعد ذكر العشر و نصف العشر،بما استحل من فرجها»فإنه ظاهر فى أن وجوب ذلك مترتب على استحلاله ما ليس له شرعا«و لا ريب أنه فى صوره الزنا أشد و أفضع، و لا أعرف هنا دليلا غير هاتين الروايتين،فانى بعد الفحص و التتبع لم أقف على غيرهما،و مع تسليم اجراءهما فى مطلق الزانى و أنه يجب أن يكون الحكم فيه كذلك،يبقى القول الثانى و الثالث عاريين عن الدليل،و نحو ذلك القول فى أرش البكاره،سيما مع القول بزيادته على أحد الأمرين المذكورين،كما ذكره ذلك القائل.

و قد تقدم فى المسأله الرابعه عشر فى الجاريه المشتركه يطأها أحد الشركاء من المقصد الثانى من الفصل التاسع فى بيع الحيوان (۱)تحقيق البحث فى هذه المسأله، و ان جمله من الأصحاب قد منعوا وجوب الأرش فى الصوره المذكوره،لعدم الدليل عليه،و الاكتفاء بوجوب المهر على القول به،أو العشر أو نصفه على القول الآخر و الله العالم.

العاشر [فى أنه لو مات المرتهن و لم يعلم الرهن كان كسبيل ماله] :

الظاهر من كلام جمله من الأصحاب«رضوان الله عليهم»أنه لو مات المرتهن و لم يعلم الرهن كان كسبيل ماله،بمعنى أنه لم يعلم وجود الرهن فى التركه و لا عدمه،فإنه يكون كسبيل مال المرتهن فى الحكم بكونه ميراثا،و لا يحكم للراهن هنا بشيء،لأن الأصل براءه الذمه من حقه،إذ الرهن لم يتعلق بالذمه حيث أنه أمانه، و لا يتعلق أيضا بماله،لأصاله بقاء ماله على ما كان عليه،من عدم استحقاق أحد فيه شيئا.

هذا بالنظر الى ظاهر الأمر و ان احتمل بحسب الواقع كون الرهن فى التركه و من جملتها،فإن الأحكام الشرعيه انما تبنى على الظاهر،لا على الواقع،سيما ان احتمال التلف بغير تفريط قائم.

۱- ۱) ج ۱۹ ص ۴۷۴.

و العجب أنهم«رضوان الله علیهم»ذکروا المسأله هنا کما نقلها عنهم جازمین بالحکم المـذکور،مع أنه فی باب القراض و الودیعه قـد استشـکل جمله منهم فی الحکم بـذلک،نظرا الی مـا ذکرنـاه هنـا،و الی أن الأصـل أیضا بقاء المال،لان المفروض أنه فی ید المرتهن،

و للخبر عنه (۱)صلی الله علیه و آله

«علی الید ما أخذت حتی تؤدی».

بل صرح جمله منهم فی الودیعه،و ربما کان هو المشهور بأن الودیعه فی الصوره المذکوره تخرج من أصل الترکه،مع تصریحهم هنا بکون الرهن کسبیل مال المرتهن،و المسأله فی المواضع الثلاثه من باب واحد،بل الحکم فی کل أمانه، و سیأتی مزید تحقیق لذلک إنشاء الله تعالی فی کتاب الودیعه.

الحادی عشر:إذا حل الأجل و تعذر الأداء

اشاره

فإن کان المرتهن وکیلا فلا إشکال فی جواز بیعه،و استیفاء حقه،و الا لم یکن له البیع بنفسه،لانه تصرف فی مال الغیر بغیر اذنه.

و یؤیده ما تقدم فی الموضع السابع (۲)من روایتی ابن بکیر و عبید بن زراره و حینئذ فعلیه أن یرجع الی الراهن،و یلزمه بالبیع أو الاذن فیه،فان امتنع رفع الأمر إلی الحاکم الشرعی،فیلزمه الحاکم بالبیع أو یبع علیه کما یفعل ذلک فی سائر الحقوق،علی ما رواه

سماعه (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام

«قال کان أمیر المؤمنین یحبس الرجل إذا التوی علی غرمائه،ثم یأمر فیقسم ماله بالحصص، فان أبی باعه فقسمه فیهم یعنی ماله.

بقی الکلام هنا فی موضعین

أحدهما لو غاب الراهن و لم یقدر علیه

،و الظاهر رفع الأمر إلی الحاکم لیبیع علیه،فان تعـذر فلیبعه المرتهن،و قـد تقدم فی موثقه إسـحاق بن عمار فی الموضع السابع ما یدل علی جواز بیع المرتهن،و ظاهرها

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۵۰۳.

۲- ۲) ص ۲۶۵.

۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۱۰۲ لکن عن عمار.

عدم التوقف على الرجوع الى الحاكم،الا أنه الاولى،و الأحوط ذلك.

و

ثانيهما:لو استلزم رفع الأمر إلى الحاكم إثبات الدين مع عجزه عن الإثبات

-لعدم البينه أو تقدم حضورها أو عدم كونها مقبوله-فالظاهر أيضا جواز مباشره المرتهن لذلک،و استيفاء حقه لخبر (۱)

«لا ضرر و لا ضرار».

و يؤيده جواز المقاصه فى صوره جحود الدين و عدم البينه كما ورد فى الاخبار و خبر المروزى المتقدم فى الموضع السادس (۲)الدال على جواز أخذ ماله مما فى يده مع خوف جحود الورثه.

و نقل فى المسالک القول بجواز مباشره المرتهن و توليه البيع بنفسه فى صوره عدم إمكان الإثبات و عدم إمكان الوصول للحاكم،أما لعدمه أو لكونه فى بلد بعيد يشق التوصل اليه عن العلامه فى التذكره،و هو ظاهر اختياره أيضا فى الكتاب المذكور.

و قد عرفت ما يؤيده و يدل عليه،و لو أمكن الإثبات عند الحاكم بالبينه لكن افتقر لى اليمين معها،لكون المدعى عليه ميتا أو غائبا،بناء على المشهور،فيمكن أن يقال:انه غير مانع من الرجوع الى الحاكم،فلا يجوز له الاستقلال بالأخذ بل يحلف،و هو ظاهر اختياره فى المسالک مع احتماله فيه الجواز أيضا،دفعا لمشقه الحلف بالله تعالى،و لو أذن المرتهن فى البيع بعد الحلول جاز البيع بقى،الكلام فى التصرف فى الثمن،و قد أطلق جواز التصرف بناء على الاذن المذكور،و فصل آخرون-و هو الظاهر-بأنه ان كان الحق موافقا للثمن جنسا و وصفا جاز التصرف، كما قيل مثله فيما إذا كان ما فى ذمه المديون،مثل الدين جنسا و وصفا،فإنه يجوز له الأخذ مقاصه من غير توقف على التراضى،و لو لم يكن موافقا له لم يجز إلا بإذن الراهن،لأنها معاوضه أخرى،كما أنه لا يجوز له التصرف فى الرهن لذلک و ربما كان وجه الإطلاق هو أن جواز التصرف مفهوم من الاذن فى البيع

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۲۹۳.

۲- ۲) ص ۲۶۴.

و التوكيل،لأن فائدته جواز التصرف فى الثمن و هو جيد ان دل عليه شيء من قرائن المقام،و الا فالتفصيل أجود.

و أما لو اذن له فى البيع قبل حلول الأجل جاز البيع،و لكن ليس له التصرف فى الثمن الا بعد حلول الأجل،لعدم الاستحقاق قبله،و الاذن فى البيع لا يقتضى تعجيل الاستيفاء،و هل يكون الثمن فى هذه الصوره رهنا فلا يجوز للراهن طلبه أم لا؟اشكال، و لم يحضرنى الان تصريح أحدهم بالحكم المذكور،و يمكن ترجيح العدم، بأن حق المرتهن انما تعلق بالعين،فلا يتعدى الى الثمن الا بدليل،و ليس،فليس.

و الله العالم.

الفصل الرابع فى جمله من المسائل المتعلقه بالنزاع

اشاره

[المسأله] الاولى:لو اختلف الراهن و المرتهن فى الدين الذى على الراهن مع عدم البينه

،فقيل:بأن القول قول الراهن بيمينه،و هو المشهور،ذهب اليه الشيخ فى النهايه و الخلاف و المبسوط،و الصدوق،و أبو الصلاح،و ابن البراج،و ابن حمزه، و ابن إدريس،و المحقق،و العلامه،و المتأخرون.

و قيل:بأن القول قول المرتهن ما لم يستغرق دعواه ثمن الرهن،و اليه ذهب ابن الجنيد حيث قال:و المرتهن يصدق فى دعواه حتى يحيط بالثمن ما لم يكن بينه،فان زادت دعوى المرتهن على القيمه لا يقبل إلا ببينه،و له أن يستحلف الراهن على ما يقوله و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقه بهذا المسأله ما رواه

فى الكافى عن محمد بن مسلم (1)فى الصحيح عن أبى جعفر

«عليه السلام»«فى رجل رهن عند صاحبه رهنا لا بينه بينهما فيه،فادعى الذى عنده الرهن أنه بألف،فقال صاحب الرهن:

انه بمأه،قال:البينه على الذى عنده الرهن انه بألف و ان لم يكن له بينه فعلى الراهن اليمين». و رواه الشيخ فى الصحيح ايضا مثله.

و ما رواه

الشيخان المذكوران عن ابن أبى يعفور (2)فى الموثق عن أبى

1- 1) الكافى ج 5 ص 237 التهذيب ج 7 ص 174.

2- 2) الكافى ج 5 ص 237 التهذيب ج 7 ص 174.

عبد الله علیه السلام قال: «إذا اختلفا فی الرهن فقال أحدهما:رهنته بألف درهم، و قال الأخر:بمأه درهم،فقال یسأل صاحب الألف البینه فان لم یکن بینه حلف صاحب المأه»الحدیث. و سیأتی تمامه إنشاء الله تعالی فی المسأله الاتیه و رواه الصدوق بإسناده عن أبان (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام مثله و ما رواه

الشیخ عن عبید بن زراره (۲)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل رهن عند صاحبه رهنا لا بینه بینهما فادعی الذی عنده الرهن أنه بألف و قال صاحب الرهن:بمأه فقال:البینه علی الذی عنده الرهن أنه بألف فان لم یکن عنده بینه فعلی الذی له الرهن الیمین أنه بمأه».

و هذه الاخبار کلها کما تری ظاهره فی القول المشهور،و یعضدها أن ما دلت علیه هو مقتضی القواعد الشرعیه،لأن المرتهن یدعی الزیاده و الراهن منکر، و قد تظافرت الاخبار (۳)

«بان البینه علی المدعی،و الیمین علی المنکر».

و من أخبار المسأله أیضا ما رواه

الشیخ عن النوفلی عن السکونی (۴)

«عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام،فی رهن اختلف فیه الراهن و المرتهن،فقال الراهن:

هو بکذا و کذا،و قال المرتهن:هو بأکثر قال علی علیه السلام:یصدق المرتهن حتی یحیط بالثمن،لأنه أمینه».

و رواه الصدوق بإسناده عن إسماعیل بن مسلم عن جعفر عن أبیه علیهم السلام مثله و هذا الخبر هو مستند ابن الجنید فیما تقدم نقله عنه،و الشیخ قد أجاب عنه بالحمل علی أن الاولی للراهن أن یصدق المرتهن.

و أقول:لا یبعد حمل الروایه المذکوره علی التقیه،فإنه أحد قولی العامه، و ان کان خلاف المشهور بینهم و کیف کان فهی قاصره عن معارضه ما قدمناه من الاخبار،

۱- ۱) الفقیه ج ۳ ص ۱۹۹.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۱۷۴.

۳- ۳) الوسائل الباب-۳ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۱۷۵ الفقیه ج ۳ ص ۱۹۷.

فحملها على أحد الأمرين المذكور متعين،و ليس بعد ذلك الا طرحها و إرجاعها إلى قائلها.

و هنا شيء ينبغى التنبيه عليه،و هو أن بعض الأصحاب كالمحقق فى الشرائع نقل عن ابن الجنيد أن القول قول المرتهن ما لم يستغرق دعواه ثمن الرهن،و الأكثر و منهم المحقق فى النافع،عبروا بأن القول قوله ما لم يدع زياده على ثمن الرهن، و مقتضى العباره الاولى أنه مع الاستغراق الذى هو أعم من الإحاطه بثمن الرهن أو الزياده عليه لا يقدم قوله،و مقتضى العباره الثانيه أنه لو ادعى ما يحيط بالرهن خاصه،فإنه يقدم قوله،و الظاهر أن منشأ ذلك من عباره ابن الجنيد المتقدمه، فإنه فى صدر العباره جعل غايه التصديق إحاطه الدعوى بالثمن،و الغايه خارجه عن المغيا،فمفهومه أنه مع الإحاطه لا يصدق،ثم قال فى آخر العباره:فإن زادت دعوى المرتهن على القيمه لا يقبل،و مفهومه أنه يقبل مع عدم الزياده،فإن أحاط بالثمن فقد تعارض فى كلامه مفهوم الغايه،و مفهوم الشرط،فاختلف النقل عنه لذلك.

و المفهوم من الروايه يوافق ما ذكره ابن الجنيد فى صدر عبارته،حيث لم يتعرض فى الروايه للزياده،و كان مبنى الاختلاف أن المحقق فى الشرائع نظر الى اعتضاد صدر عباره ابن الجنيد بالروايه،و بنى على خروج الغايه و لم يلتفت الى مفهوم الشرط،فنقل عنه أنه يقبل قوله ما لم يستغرق دعواه الرهن،و من حمله الاستغراق بالإحاطه بثمنه،و الأكثر كأنهم غفلوا عن الروايه فرجحوا العمل بمفهوم الشرط،و حملوا مفهوم الغايه على أنه داخل هنا فى المغيا،جمعا بين المفهومين، فنقلوا عنه أنه يقبل قوله ما لم يزدد دعواه على القيمه و الله العالم.

المسأله الثانيه-لو اختلفا فقال المالک:هو وديعه،و قال الآخر:هو رهن

، فالمشهور بين الأصحاب«رضوان الله عليهم»،أن القول قول المالک،و قيل:القول قول الآخر،ذهب اليه الصدوق و الشيخ فى الاستبصار،قال الصدوق فى المقنع:

على صاحب الوديعه البينه،فان لم يكن له بينه حلف صاحب الرهن،و وافقه الشيخ فى الاستبصار.

و فصل ابن حمزه،فقال:ان ادعی صاحب المتاع کونه ودیعه عنده، و خصمه کونه رهنا،فان اعترف صاحب المتاع بالدین،کان القول قول خصمه،و ان لم یعترف بالدین کان القول قول صاحب المتاع مع الیمین،و منشأ هذا الخلاف اختلاف الاخبار فی المسأله.

و منها ما رواه

الشیخ فی الصحیح عن محمد بن مسلم (۱)عن أبی جعفر

«علیه السلام»أنه قال فی رجل رهن عند صاحبه رهنا فقال الذی عنده الرهن:

ارتهنته عندی بکذا و کذا،فقال الأخر:انما هو عندک ودیعه،قال:البینه علی الذی عنده الرهن أنه بکذا و کذا،فان لم یکن له بینه فعلی الذی له الرهن الیمین.

و ما رواه

فی الموثق عن ابن أبی یعفور (۲)عن أبی عبد الله

«علیه السلام» فی حدیث تقدم صدره فی المسأله السابقه،قال:«و ان کان الرهن أقل مما رهن به أو أکثر و اختلفا فقال:أحدهما:هو رهن،و قال الأخر:هو ودیعه،قال:علی صاحب الودیعه البینه فان لم یکن له بینه حلف صاحب الرهن».

و رواه الصدوق بإسناده عن فضاله عن أبان عن أبی عبد الله علیه السلام نقله و طریقه فی المشیخه صحیح،لانه عن أبیه عن أحمد بن محمد بن عیسی،عن الحسن بن سعید،عن فضاله،و رواه فی الکافی فی الموثق عن ابن ابی یعفور مثله.

و ما رواه

الشیخ عن عباد بن صهیب (۳)قال:

«سألت أبا عبد الله«علیه السلام» عن متاع فی ید رجلین فقال:أحدهما یقول:استودعتکه،و الأخر یقول:هو رهن فقال:القول قول الذی یقول أنه رهن عندی الا أن یأتی الذی ادعی أنه أودعه بشهود.

و رواه الصدوق بإسناده عن الحسن بن محبوب عن عباد بن صهیب مثله،إذا عرفت ذلک فاعلم أن القائلین بالقول المشهور استندوا إلی صحیحه محمد بن مسلم، و القائلون بالقول الآخر استندوا إلی روایتی ابن أبی یعفور و عباد بن صهیب،

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۷۴ الفقیه ج ۳ ص ۱۹۹ الکافی ج ۵ ص ۲۳۷.

۲- ۲) التهذیب ج ۷ ص ۱۷۴ الفقیه ج ۳ ص ۱۹۹ الکافی ج ۵ ص ۲۳۷.

٣- ٣) التهذيب ج ٧ ص ١٧٦ الفقيه ص ١٩٥.

و العلامه فی المختلف و شیخنا الشهید فی المسالک ردوهما بضعف الاسناد،و ان کانت الأولی موثقه،و فیه ما عرفت من أن الصدوق فی الفقیه قد رواها فی الصحیح عن أبان کما أوضحناه،و لکنهم غفلوا عن ملاحظتها منه،و اعتمدوا علی ما فی التهذیب و هی فیه موثقه،و به یظهر ضعف ما ذکروه،هذا مع البناء علی اصطلاحهم المحدث،و الا فالروایات جمیعا عندنا من باب واحد،و یؤیده صحیحه محمد بن مسلم«ان الذی عنده المتاع یدعی دینا و رهنا،و المالک ینکر کلا من الأمرین» و مقتضی القاعده أن القول قوله بیمینه،و ان الأصل العدم فی کل من الأمرین المذکورین،و الشیخ فی الاستبصار قد أجاب عن الصحیحه المذکوره بأنه انما قال «علیه البینه»علی مقدار الدین الذی ارتهنه به،لا علی أصل الرهن،و حینئذ فیمین المالک مع تعذر البینه انما هی علی نفی الدین،و استبعد جمله ممن تأخر عنه.

و یمکن أن یقال عن جانب الشیخ:ان الأصل و ان کان کما ذکروه،الا أنه یجب الخروج عنه بالدلیل،و هی صحیحه أبان المؤیده بالروایه الأخری،و له نظائر فی الاخبار غیر عزیزه.

و منها من استودع شخصا مالا فتلف فقال صاحب المال:هو قرض فی ذمتک، و قال الآخر:هو أمانه،فان مقتضی الأصل الذی اعتمدوه هو تقدیم قول مدعی الأمانه لأن صاحب المال یدعی أمرا زائدا و هو اشتغال الذمه،و الأصل عدمه.

و الحال أن موثقتی إسحاق بن عمار (۱)قد صرحتا بأن القول قول مدعی القرض بیمینه،و أن مدعی الودیعه تکلف البینه،و مع عدمها یحلف مدعی القرض.

و من الموثقتین المذکورتین ما رواه الراوی المذکور (۲)

فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام

«فی رجل قال لرجل:لی علیک ألف درهم،فقال الرجل:لا و لکنها ودیعه،

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۷۶ و ۱۷۹.
۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۳۸.

فقال أبو عبد الله علیه السلام القول قول صاحب المال مع یمینه»، و نحوها الموثقه الأخری، و بعض مشایخنا المحققین من متأخری المتأخرین احتمل فی صحیحه ابن ابی یعفور الحمل علی التقیه،أو علی ما إذا اعترف بالمال،و أنکر الرهن أو علی ما إذا دلت علیه القرائن.

أقول:و مرجع الثانی من هذه الاحتمالات الثلاثه الی ما ذهب الیه ابن حمزه و احتج فی الکفایه بقول الشیخ و الصدوق حیث اختاره بروایات الثلاثه،قال:

و یدل علی قول الشیخ أخبار ثلاثه أحدها-صحیحه أبان أوردها الصدوق فی الفقیه و ثانیها-روایه عبد الله بن أبی یعفور،و ثالثها-روایه عباد بن صهیب.انتهی ملخصا.

و فیه أن روایه أبان المرویه فی الفقیه هی بعینها روایه ابن أبی یعفور التی رواها الشیخ،الا أن الشیخ نقلها عن أبان عن ابن أبی یعفور،و الصدوق فی الفقیه نقلها عن أبان عن أبی عبد الله من غیر واسطه ابن أبی یعفور،و المتن واحد،فعدها روایتین مجازفه،نعم هی فی الفقیه صحیحه،و فی التهذیب موثقه.

و باختیار القول المشهور صرح أیضا المحقق الأردبیلی فی شرح الإرشاد، اعتمادا علی صحیحه محمد بن مسلم،و ضعف ما عارضها بناء علی ما ذکره العلامه و صاحب المسالک و لم یقف علی روایه صاحب الفقیه التی ذکرناها.

و أما ما ذکره ابن حمزه مما قدمنا نقله عنه،فالظاهر أن وجهه الجمع بین أخبار المسأله،فإن الاعتراف بالدین قرینه علی صحه دعوی الرهن،و فیه ما لا یخفی من أن بناء الأحکام الشرعیه علی هذه الاحتمالات مجازفه محضه.

و بالجمله فالمسأله فی محل من الاشکال لتعارض الأخبار المذکوره،و بعد ما ذکروه من التأویلات فی کل من الجانبین مع تعارضها کما عرفت و الله العالم.

المسأله الثالثه-إذا تلف الرهن بتفریط المرتهن و اختلفا فی القیمه

اشاره

فهاهنا مقامان

[المقام] الأول-أنه هل القول فی ذلک قول الراهن أو المرتهن؟

المشهور الأول،و هو

قول الشيخين،و سلار و أبی الصلاح.و ابن البراج،و ابن حمزه،و ابن الجنید.

و قال ابن إدریس:القول قول المرتهن،و تبعه المحقق و العلامه و شیخنا الشهید الثانی فی المسالک،و الظاهر أنه المشهور بین المتأخرین،و علله فی المسالک بأنه منکر الزائد،و الأصل عدمه،و براءته منه،ثم نقل عن الأکثر الاستناد فیما ذهبوا إلیه الی أن المرتهن صار خائنا فلا یقبل قوله،قال:و یضعف بانا لم نقبل قوله من هذه الحیثیه،بل لما ذکرناه.

أقول:و مرجعه الی أن خیانته و سقوط عدالته الموجب لرد قوله لا یوجب سقوط ما دلت علیه الاخبار من (۱)

«أن البینه علی المدعی و الیمین علی المنکر». و بذلک یظهر قوه القول الثانی.

المقام الثانی فی تعیین القیمه هل هی قیمته یوم هلاکه أو یوم قبضه أو أعلی القیم؟

أقوال:و المشهور الأول،نظرا إلی أنه وقت الحکم بضمان القیمه،لأن الحق قبله کان منحصرا فی العین و ان کانت مضمونه.

و الثانی مذهب المحقق فی الشرائع،و اعترضه فی المسالک قال:و حکم المصنف باعتبار قیمته یوم قبضه مبنی علی أن القیمی یضمن بمثله،و مع ذلک ففی اعتبار یوم القبض نظر،لانه ثم لم یکن مضمونا،فینبغی علی ذلک اعتبار المثل یوم الضمان انتهی.

و أما القول الثالث فقد اختلفوا فی تشخیصه،و ما المراد من هذه العباره هل المراد أعلی القیم من یوم القبض الی یوم التلف؟کما نقله المحقق فی النافع قولا-فی المسأله،نسب الی الشیخ فی المبسوط أو المراد أعلی القیم من یوم التلف الی حکم الحاکم علیه بالقیمه؟کما هو قول ابن الجنید أو المراد أعلی القیم من حین التفریط الی وقت التلف؟و هو ظاهر العلامه،و اختاره ابن فهد فی موجزه، قال:لانه من حین التفریط کالغاصب،و أطلق جماعه من غیر إشاره الی هذه الأقوال.

۱- ۱) الوسائل الباب-۳ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

و يضعف القول الأول من هذه الأقوال الثلاثه بأنه غير مضمون قبل التفريط، فلا وجه لاعتبار قيمته،و حمله على الغاصب قياس مع الفارق (۱)و يضعف قول ابن الجنيد بأن المطالبه لا دخل لها فى ضمان القيمه،بل الضمان ثابت و أن لم يطالب.

أقول:و الأنسب بالقواعد من هذه الأقوال أن يقال:ان قلنا فى الغاصب بأن الواجب عليه أعلى القيم،وجب هنا على المرتهن أعلى القيم من حين التفريط الذى صار به كالغاصب الى وقت التلف،و ان قلنا بأن الواجب عليه قيمه يوم التلف فكذا هنا،أعنى الحكم بقيمه يوم التلف إذا كان اختلاف القيم بسبب السوق أو بسبب نقص فى العين غير مضمون،أما لو كان مضمونا كما لو فرط فنقصت العين بهزال و نحوه،تعين الأول،و هو أن يعتبر أعلى القيم من حين التفريط الى حين التلف، هذا كله فيما إذا كان الرهن قيميا.

أما لو كان مثليا فإنه يضمن بمثله ان وجد،و الا فقيمه المثل يوم الأداء على الأظهر، لأن الواجب قبل التعذر انما كان المثل،و انما وقع الرجوع الى القيمه بعد تعذره، بخلاف القيمى فإن القيمه استقرت فى الذمه من حين التلف قطعا،و انما وقع الاختلاف و الاشتباه فى قدرها بسبب الاعتبارات المتقدمه و الله العالم.

المسأله الرابعه-إذا اذن المرتهن للراهن فى البيع ثم رجع فاختلفا

،فقال المرتهن رجعت قبل البيع،و بموجبه يكون الرهن باقيا،و البيع باطل،و قال الراهن:انما رجعت بعد البيع فالبيع صحيح،و الرهن باطل.

قيل:القول هنا قول المرتهن،ترجيحا لجانب الوثيقه،بمعنى أن الدعويين متكافئان،و ذلك أن الراهن يدعى تقدم البيع على الرجوع،و الأصل عدمه، و المرتهن يدعى تقدم الرجوع على البيع،و الأصل أيضا عدمه،فقد تعارض الأصلان

۱- ۱) فإنه فى الغاصب مضمون عليه بمجرد الغصب،بخلاف الرهن فإنه قبل التفريط غير مضمون منه رحمه الله.

فیتساقطان،و یبقی حکم الرهن علی العین باقیا،لأن الأصل بقاء الرهن و استصحابه،و به یظهر أن القول قول المرتهن.

و قیل:ان أصاله بقاء الرهن معارض بأصاله بقاء البیع،فان وقوعه معلوم کما ان وقوعه الرهن معلوم فیتعارضان أیضا و یتساقطان و یبقی،مع الراهن ملکیه المرتهن،و صحه تصرفه فیه المتفرع علی ذلک،«فان الناس مسلطون علی أموالهم»فیکون القول حینئذ قول الراهن،و یمکن أن یجاب عنه بأن الرجوع هنا متحقق،و أصاله بقاء البیع لو لم یکن المانع متحققا،و المانع و هو الرجوع هنا موجود.

و بالجمله فالمسأله محل اشکال لعدم النص فیها،و الرجوع الی هذه التعلیلات العقلیه،سیما مع تعارضها و تدافعها غیر جائز عندی،لما دلت علیه الآیات و الروایات من انحصار أدله الأحکام الشرعیه فی الکتاب و السنه،و لأصحابنا فی هذا الباب فروع أکثروا فیها من البحث،طوینا ذکرها فی هذا الکتاب لما ذکرناه و الله العالم بحقائق أحکامه،و نوابه القائمون بمعالم حلاله و حرامه.

کتاب الشفعه

اشاره

و عرفها المحقق فی الشرائع بأنها استحقاق أحد الشریکین حصه شریکه بسبب انتقالها بالبیع،و اعترضه فی المسالک فی هذا التعریف،و أطال فی ذلک و أجاب عنه المحقق الأردبیلی منتصرا للمحقق بما لا مزید فائده فی التعرض الی نقله.

و لهذا قال المحقق المذکور فی آخر کلامه،و نعم ما قال:ثم إنی أظن عدم مناسبه هذه المضایقات فی هذه التعریفات اللفظیه فی الفقه التی المقصود منها التمییز فی الجمله،و لکن لما تعرض الشارح لأمثالها أطنبت فیه بما عرفت،فخرجت عن مقصود التعلق بذلک،و لدفع الشبهه عن مثل المحقق و غیره،و الا فظنی أن التوجه الی مثلها و التعرض للعبارات غیر مناسب،و لیس وظیفه الفقیه،بل ینبغی له ان یبذل جهده فی تحقیق المسأله و تحریرها و توضیحها مع الخفاء،و دلیلها و إثباتها لا غیر انتهی ملخصا.و علی ما ذکره«قدس سره»قد جرینا فی هذا الکتاب کما لا یخفی علی

ص:۲۸۴

من لاحظه فی جمیع الأبواب.

و کیف کان فالکلام فی هذا الکتاب یقع فی مقاصد

[المقصد] الأول فیما تثبت فیه الشفعه

اشاره

،لا خلاف بین الأصحاب کما نقله غیر واحد فی ثبوتها فی العقار الثابت القابل للقسمه کالأراضی و البساتین و المساکن،و انما الخلاف فیما عدا ذلک.

فذهب جمله من المتأخرین و أکثر المتقدمین الی ثبوتها فی کل مبیع،منقولا کان أم لا،قابلا للقسمه أم لا،و الیه مال الشهید فی الدروس و نفی عنه البعد،و قیده جماعه بالقابل للقسمه،و حکم بعضهم بثبوتها للمقسوم أیضا،و نقله فی المسالک عن ابن أبی عقیل.

و ذهب أکثر المتأخرین إلی اختصاصها بغیر المنقول عاده مما یقبل القسمه، و أضاف بعض هؤلاء العبد،دون غیره من المنقولات،و لا بأس بنقل جمله من عبائر المتقدمین.

قال الشیخ فی النهایه:کل شیء کان بین الشریکین من ضیاع أو عقار أو حیوان أو متاع ثم باع أحدهما نصیبه کان لشریکه المطالبه بالشفعه،ثم قال:و لا شفعه فیما لا یصح قسمته و هو ظاهر فی الشفعه فی المنقولات القابله.

و قال فی الخلاف:لا شفعه فی السفینه و کلما یمکن نقله من الثیاب و الحیوان و الجرب و السفن و غیر ذلک عند أکثر أصحابنا،و علی الظاهر من روایاتهم،و حکی المالک أن الشفعه فی کل شیء من الأموال و الثیاب و الطعام و الحبوب و الحیوان، و فی أصحابنا من قال بذلک،و هو اختیار المرتضی رحمه الله.

و قال الصدوق فی المقنع:لا شفعه فی سفینه،و لا طریق،و لا حمام،و لا رحی، و لا نهر،و لا ثوب،و لا فی شیء مقسوم،و هی واجبه فی کل شیء عدا ذلک من حیوان و أرض و رقیق و عقار،و رواه فی الفقیه و قال أبوه؟الشفعه واجبه فی کل شیء من حیوان أو عقار أو رقیق إذا کان الشیء بین شریکین،و لیس فی الطریق شفعه،و لا فی نهر،و لا الرحی،و لا فی حمام،و لا فی ثوب،و لا فی شیء مقسوم.

و قال ابن أبی عقیل:لا شفعه فی سفینه و لا رقیق.

و قال المرتضى مما انفردت به الإماميه إثباتهم حق الشفعه فى كل شىء من المبيعات من عقار و ضيعه و متاع و عروض و حيوان،كان ذلك مما يتحمل القسمه أو لا يتحملها،و نقل ذلك عن ابن الجنيد و أبى الصلاح و ابن البراج و ابن إدريس.

قال فى المختلف بعد نقل هذه الأقوال:و المعتمد أنها انما تثبت فيما يصح قسمته خاصه إلا المملوك،و ظاهره ما يصح قسمته منقولا كان أو غير منقول.

و قال المحقق فى النافع و فى ثبوتها فى الحيوان قولان:المروى أنها لا تثبت و من فقهائنا من أثبتها فى العبد دون غيره،و الواجب أولا نقل ما وصل إلينا من الاخبار المتعلقه بالمقام ثم النظر فيما يظهر منها من الأحكام.

فمن الاخبار المشار إليها ما رواه

المشايخ الثلاثه(عطر الله مراقدهم)عن عقبه بن خالد (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام

«قال قضى رسول الله صلى الله عليه و آله بالشفعه بين الشركاء فى الأرضين و المساكن،و قال:لا ضرر و لا ضرار،و قال:إذا أرفت الأرف-و فى الفقيه و قال الصادق عليه السلام:إذا أرفت-و حدت الحدود فلا شفعه». قال الفيومى فى كتاب المصباح المنير:«الأرفه الحد الفاصل بين الأرضين،و الجمع أرف مثل غرفه و غرف»انتهى و حينئذ فالعطف فى قوله و حدت الحدود تفسيرى.

و ما رواه

فى الكافى و التهذيب عن يونس (۲)عن بعض رجاله عن أبى عبد الله

«عليه السلام»و فى الفقيه عن أبى عبد الله عليه السلام مرسلا«قال:سألته عن الشفعه لمن هى؟و فى أى شىء هى؟و لمن تصلح و هل تكون فى الحيوان شفعه؟و كيف هى؟ فقال:الشفعه جائزه فى كل شىء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشىء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره،و ان زاد على الاثنين فلا شفعه،لأحد منهم».

و زاد فى الكافى و روى أيضا:

أن الشفعه لا تكون إلا فى الأرضين و الدور فقط.

۱- ۱) الكافى ج ۵ ص ۲۸۰ التهذيب ج ۷ ص ۱۶۴ الفقيه ج ۳ ص ۴۵.

۲- ۲) الكافى ج ۵ ص ۲۸۱ التهذيب ج ۷ ص ۱۶۴ الفقيه ج ۳ ص ۴۶.

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن السکونی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قال رسول الله صلی الله علیه و آله:لا شفعه فی سفینه،و لا فی نهر،و لا فی طریق».

و ما رواه

الصدوق فی الفقیه عن السکونی (۲)

«عن جعفر بن محمد عن أبیه عن آبائه عن علی علیهم السلام قال:قال رسول الله صلی الله علیه و آله:لا شفعه فی سفینه،و لا فی نهر،و لا فی طریق، و لا فی رحی،و لا فی حمام».

و ما رواه

الشیخ فی التهذیب عن سلیمان بن خالد (۳)فی الموثق عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لیس فی الحیوان شفعه».

و عن عبد الله بن سنان (۴)بسند صحیح و آخر موثق قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:المملوک یکون بین شرکاء فباع أحدهم نصیبه فقال أحدهما:أنا أحق به إله ذلک؟قال:نعم إذا کان واحدا».

و ما رواه

فی التهذیب فی الصحیح عن الحلبی (۵)

«عن أبی عبد الله«علیه السلام»:أنه قال فی المملوک یکون بین الشرکاء فیبیع أحدهم نصیبه فیقول صاحبه:أنا أحق به إله ذلک؟قال:نعم إذا کان واحدا،قیل له فی الحیوان شفعه؟ فقال:لا».

و ما رواه

فی الفقیه عن أحمد بن محمد بن أبی نصر عن عبد الله بن سنان (۶)قال:

« سألته عن مملوک بین شرکاء أراد أحدهم بیع نصیبه؟قال:یبیعه،قلت:فإنهما کانا اثنین فأراد أحدهما بیع نصیبه فلما أقدم علی البیع قال له شریکه:أعطنی قال:

هو أحق به،ثم قال علیه السلام لا شفعه فی حیوان الا أن یکون الشریک فیه واحدا».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۸۲.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۴۶.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۱۶۵.

۴- ۴) التهذیب ج ۷ ص ۱۶۵.

۵- ۵) التهذیب ج ۷ ص ۱۶۶.

۶- ۶) الفقیه ج ۳ ص ۴۶.

و قال فی کتاب الفقه الرضوی (۱)

«و روی أن الشفعه واجبه فی کل شیء من الحیوان و العقار و الرقیق إذا کان بین شریکین،فباع أحدهما فالشریک أحق به من الغریب،و إذا کان الشرکاء أکثر من اثنین فلا شفعه لواحد منهم الی أن قال

و روی

أنه لیس فی الطریق شفعه،و لا فی النهر،و لا فی رحاء،و لا فی حمام،و لا فی ثوب،و لا فی شیء مقسوم». انتهی.

هذا ما حضرنی من أخبار المسأله و باختلافها کما تری اختلف کلام الأصحاب و یدل علی القول الأول من هذه الاخبار مرسله یونس المتقدمه،و هو ظاهر الروایه الاولی من الروایتین المنقولتین فی کتاب الفقه الرضوی.

الا ـ أن هذا العموم مما ینافیه جمله من أخبار المسأله کالمرسله المنقوله من الکافی،الداله علی انحصار الشفعه فی الأرضین و الدور،و الظاهر ان المراد منها العقار مطلقا،و ما ذکر فیها من الفردین المذکورین انما خرج مخرج التمثیل، و نحوها مفهوم روایه عقبه بن خالد الداله علی الأرضین و المساکن،فإنها و ان لم یکن مثل الاولی صریحه،الا ان ظاهرها ذلک و الاخبار الداله علی نفی الشفعه فی السفینه و النهر فی الطریق.

و فی روایه السکونی و کذا روایه کتاب الفقه اضافه الرحی و الحمام،و هو فتوی الشیخ علی بن بابویه کما تقدم،و الظاهر أن مستنده انما هو الکتاب المذکور کما عرفته فی غیر موضع،و لا سیما فی کتب العبادات.

و أما صحیحه الحلبی الداله علی نفی الشفعه فی الحیوان یعنی غیر الأناسی بقرینه جوازها فی العبد و کذا موثقه سلیمان بن خالد فیجب تقییدها بما دل علیه روایه ابن سنان من الجواز إذا کان بین شریکین،فیخص النفی بما إذا کان أزید و بذلک یظهر ضعف القول المذکور.

و یمکن تأیید مرسله یونس المذکوره بما رواه

فی الکافی و التهذیب عن

۱- ۱) المستدرک ج ۳ ص ۱۴۸.

هارون بن حمزه الغنوی (۱)،عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «سألته عن الشفعه فی الدور أ شیء واجب للشریک و یعرض علی الجار فهو أحق بها من غیره؟فقال:الشفعه فی البیوع إذا کان شریکا فهو أحق بها من غیره بالثمن».

و عن جمیل بن دراج (۲)عن بعض أصحابنا عن أحدهما علیهما السلام قال:

«الشفعه لکل شریک لم یقاسم».

و أما القول المشهور بین أکثر المتأخرین و هو اختصاصها بغیر المنقول عاده مما یقبل القسمه،فقد استدل علیه بأن الأدله عقلا و نقلا کتابا و سنه مما تدل علی عدم جواز التسلط علی مال المسلم الا بطیب نفسه منه،و الأخذ بالشفعه مناف لذلک، خرج منه ما وقع علیه الإجماع،و هو ما لا ینقل،و بقی الباقی تحت المنع بالأدله المتقدمه.

و یؤیده مرسله الکافی المتقدمه،و ما ورد من نفی الشفعه فی الجمله من المعدودات فی الاخبار کالسفینه و النهر و نحوهما مما تقدم،و الحیوان فی روایتی الحلبی و سلیمان بن خالد،و لا ینافی ذلک صریحا إلا مرسله یونس،و قد حملها بعض محققی متأخری المتأخرین علی التقیه.

أقول:و مثلها روایه کتاب الفقه فإنه یجب حملها علی ذلک أیضا،إلا أنک قد عرفت أن روایتی الحلبی و سلیمان بن خالد مخصصان بروایه عبد الله بن سنان، فیشکل حینئذ الاستناد إلیهما فی ذلک،و أما التقیید بقبول القسمه فاستدل علیه بالأخبار الداله علی نفی الشفعه فی السفینه و نحوها مما ذکر فی روایه السکونی و غیرها.

و أنت خبیر بأنه لا دلاله فیها علی ذلک،إذ لا تعرض فیها لذکر القسمه و عدمها، و کأنهم بنوا علی أن العله فی النفی فی هذه الأفراد انما هی من حیث عدم قبول هذه الأشیاء القسمه.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۸۱ و ۲۸۰ التهذیب ج ۷ ص ۱۶۴.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۸۱ و ۲۸۰ التهذیب ج ۷ ص ۱۶۴.

و فيه أن هذه عله مستنبطه لا يجوز العمل عليها عندنا.نعم يمكن الاستدلال عليه بما فى

روايه عقبه بن خالد من قوله عليه السلام

«إذا رفت الأرف و حدت الحدود فلا شفعه».

و فى معناها روايات أخر،فإن ظاهرها أنه لا شفعه إلا فيما يقع فيه الحدود،و تضرب له الطرف و يقع فيه السهام.

و أما القول بثبوتها فى المقسوم كما ذهب اليه ابن ابى عقيل،فيرده روايه عقبه بن خالد،و الروايه الثانيه من روايتى كتاب الفقه الرضوى،و مرسله جميل بن دراج المتقدمه هنا،

و روايه محمد بن مسلم (۱)

«عن ابى جعفر عليه السلام قال:إذا وقعت السهام ارتفعت الشفعه». و نحوه روايات أخر أعرضنا عن ذكرها فالقول المذكور بمحل من الضعف و القصور.

و أما ما ذكره المحقق فى النافع من القول بعدم ثبوتها فى الحيوان.

ففيه ما عرفت من أنه و ان دل على ذلك بعض الأخبار الا أن البعض الآخر دل على جوازها مع اتحاد الشريك،فيجب تقييد ما أطلق به.

و كيف كان فالمسأله لا تخلو من الاشكال،و القدر المعلوم جواز الشفعه فيه هو ما وقع عليه الاتفاق مما قدمنا ذكره،و ما عداه فهو محل توقف و اشكال.

نعم يمكن القول بالجواز فى العبد،لدلاله جمله من الاخبار عليه،و منها صحيحه عبد الله بن سنان،و صحيحه الحلبى،و روايه عبد الله بن سنان الثانيه، و ظاهر جمله من المتأخرين التوقف فى المسأله،كشيخنا الشهيد الثانى فى المسالك و المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد،و المحدث الكاشانى،فى المفاتيح،و الفاضل الخراسانى فى الكفايه،و هو فى محله بالنسبه الى ما عدا ما ذكرناه و الله العالم.

تنبيهات

الأول-إذا بيعت الأرض و ما فيها من نخل أو شجر أو أبنيه

فالظاهر ثبوت الشفعه

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۸۰.

فی تلک التی فی الأرض تبعا لها،بل الظاهر أنه لا اشکال فیه لدخولها فی عموم النصوص الداله علی ثبوتها فی الرباع و المساکن و الدور،کما تقدم فی روایه عقبه بن خالد،و مرسله الکافی و للروایه الاولی من روایتی کتاب الفقه،و روایه الغنوی.

أما لو بیعت منفرده نازعه عن تلک الأرض أو منضمه إلی أرض أخری غیر ما هی فیها بنی جواز الشفعه فیما علی ما تقدم من القول بالعموم فی کل مبیع،فتجوز الشفعه فیها.

و علی ما قیل:من التخصیص بالأرضین و المساکن و البساتین کما هو المتفق علیه،فإنه لا شفعه فیها،لأنها لا تدخل منفرده فی شیء من هذه المذکورات،لان المساکن اسم للمجموع المرکب من الأرض و الأبنیه التی فیها،و کذا البساتین بالنسبه إلی الشجر،و ضمها الی غیر أرضها غیر نافع،لعدم الصدق،فلا تکون تابعه لها.

الثانی-هل یثبت الشفعه فی الثمره و ان بیعت علی رؤس النخل و الشجر منضمه إلیها

قولان:مبنیان علی ما تقدم من القول بالعموم فی کل مبیع،کما هو قول أکثر المتقدمین،و جمله من المتأخرین،فیثبت الشفعه فیها.

و ما تقدم مما هو المشهور بین المتأخرین من الاختصاص بغیر المنقول،و الثمره فی حکم المنقول إذ لا یراد دوامها،و انما له أجل معین ینتظر وصوله فتقطع،و لأنها غیر داخله فی مفهوم البستان،و نحوه و من ثم لا یدخل فی بیع الأصل بعد الظهور، کما تقدم،فلا یثبت الشفعه فیها،و فی معناها الزرع الثابت.

قال الشیخ فی الخلاف و المبسوط:إذا باع النخل منضما إلی الأرض و هو مثمر،و شرط الثمره فی البیع (۱)کان للشفیع أخذ ذلک أجمع.

قال العلامه فی المختلف بعد نقله عنه:و قال بعض فقهائنا:لیس للشفیع

۱- ۱) معنی قوله و شرط الثمره فی البیع:أی دخولها لأنها لو شرط بعد الظهور لا تدخل من غیر تقدم دخولها فی مسمی النخل کما تقدم تحقیقه فی موضعه-منه رحمه الله.

أخذ الثمره،بل يأخذ النخل و الأرض بحصتهما من الثمن،و هو المعتمد،لنا الأصل عدم الأخذ بالشفعه،و لأنا قد بينا أن الشفعه لا تثبت فيما ينقل و يحول،و الثمره على رؤس النخل من هذا الباب،فلا شفعه فيها،ثم نقل عن الشيخ الاحتجاج بعموم الأخبار المرويه فى وجوب الشفعه فى البيع،و أجاب بأن العام قد يخص بدليل أقوى.

أقول:و قد عرفت الكلام فى ذلك،و أن ما نقل عن الشيخ هنا هو مقتضى ما نقل عن السيد المرتضى و من تبعه كما تقدم ذكره،و بالجمله فإنه هو المشهور بين المتقدمين كما عرفت.

الثالث [عدم ثبوت الشفعه فى النهر و الطريق و الحمام و نحو ذلک مما تضر قسمته]

-المشهور بين المتأخرين عدم ثبوت الشفعه فى النهر و الطريق و الحمام و نحو ذلك مما تضر قسمته،و أنه يشترط فى الأخذ بالشفعه كونه مما يقبل القسمه الإجباريه، و لو أضرت به القسمه فلا شفعه،استنادا الى ما تقدم من روايه السكونى،و نحوها روايه فقه الرضا عليه السلام قالوا:و ليس المراد من الطريق فيهما و النهر و الحمام ما كان واسعا فيكون المراد ما كان ضيقا.

و ما رواه

الشيخ عن طلحه بن زيد (1)

«عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال:

لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم»(2).

ص:292

1- 1) التهذيب ج 7 ص 167.

قال فی المسالک:و لا یخفی علیک ضعف هذه الأدله،و من ثم ذهب المرتضی و ابن إدریس رحمهما الله،الی عدم اشتراطه،لعموم الأدله الداله علی ثبوتها من غیر تخصیص،و لأن المقتضی لثبوت الشفعه و هو ازاله الضرر عن الشریک قائم فی غیر المقسوم بل أقوی،لأن المقسوم یمکن التخلص من ضرر الشریک بالقسمه، بخلاف غیره انتهی.

و اقتفاه فی ذلک المحدث الکاشانی فی المفاتیح،و هو جید لما عرفت آنفا، فان هذین الخبرین لإجمالهما مضافا الی ضعفهما لا یبلغان قوه فی تخصیص ما دل علی العموم صریحا،ثم انه بناء علی القول المذکور فهل المراد من الضرر الرافع للإجبار عن القسمه هو المبطل لمنفعه المال بالکلیه-بمعنی أنه متی قسم خرج عن حد الانتفاع به لضیقه أو لقله النصیب،أو لأن أجزاءه غیر منتفع بها کالأمثله المذکوره إذا کانت بالغه فی الصغر هذا الحد،فلو بقی للسهم بعد القسمه نفع ما،یثبت الشفعه-أو أن المراد بالضرر هو أن ینقص قیمه المقسوم بسبب القسمه نقصا فاحشا- أو أن المراد أن یبطل منفعته المقصوده قبل القسمه،و ان بقیت فیه منافع،کالحمام و الرحی إذا خرجا بالقسمه عن صلاحیه الانتفاع بهما فی الغسل و الطحن علی الوجه الأول؟احتمالات،سیأتی تحقیق الکلام فیها إنشاء الله تعالی فی محله اللائق به ثم أنه یأتی علی المعنی الأول من هذه الثلاثه المذکوره أنه لو کان الحمام أو الطریق أو النهر واسعا لا تبطل منفعته بالقسمه أجبر الممتنع من القسمه،و تثبت الشفعه.

المقصد الثانی فی الشروط

اشاره

و هی أمور

الأول-الشرکه

اشاره

،علی الأشهر الأظهر،فلو کان مقسوما فلا شفعه، خلافا لابن أبی عقیل کما تقدم نقله عنه،و قد تقدمت جمله من الروایات الداله علی ذلک،و لا تثبت بالجواز عندنا.

نعم قد اتفق النص و الفتوی عن استثناء صوره واحده،و هی ما إذا کانت دار فیها دور مقسومه لکل طرف مالک علی حده،و طریق الجمیع واحده،فباع أحد

ص:293

المالکین منزله و ما یخصه من الطریق،فإن الشفعه حینئذ تثبت فی مجموع المبیع و ان کان بعضه غیر مشترک،فلو انفردت الدار بالبیع،دون الطریق فلا شفعه،و لو بیعت الطریق خاصه تثبت الشفعه إذا کانت الطریق واسعه،بناء علی اشتراط قبول القسمه.

و الذی وقفت علیه مما یتعلق بهذا الحکم من الاخبار ما رواه

الکلینی عن منصور بن حازم (۱)فی الحسن قال:

«قال:قلت لأبی عبد الله(علیه السلام):دار بین قوم اقتسموها فأخذ کل واحد منهم قطعه،فبناها و ترکوا بینهم ساحه فیها ممرهم،فجاء رجل فاشتری نصیب بعضهم إله ذلک؟قال:نعم و لکن یسد بابه،و یفتح بابا الی الطریق،أو ینزل من فوق البیت و یسد بابه،فإن أراد صاحب الطریق بیعه،فإنهم أحق به،و الا فهو طریقه یجیء حتی یجلس علی ذلک الباب».

و عد هذه الروایه فی الصحیح جمله من الأصحاب أولهم العلامه فی التذکره و تبعه جمع ممن تأخر عنه منهم شیخنا الشهید الثانی فی المسالک.

و فیه أن فی سندها الکاهلی و هو غیر موثق.نعم هو ممدوح،فحدیثه فی الحسن،لا الصحیح،و

رواه الشیخ عن منصور فی الموثق مثله،الا أنه قال:

«أو ینزل من فوق البیت،فإن أراد شریکهم أن یبیع منقل قدمیه فإنهم أحق به،و ان أراد یجیء حتی یقعد علی الباب المسدود الذی باعه لم یکن لهم أن یمنعوه».

و ما رواه

فی الکافی عن منصور بن حازم (۲)فی الصحیح أو الحسن بإبراهیم بن هاشم قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن دار فیها دور و طریقهم واحد فی عرصه الدار،فباع بعضهم منزله من رجل هل لشرکائه فی الطریق أن یأخذوا بالشفعه؟ فقال:ان کان باع الدار و حول بابها الی طریق غیر ذلک فلا شفعه لهم،و ان باع الطریق مع الدار فلهم الشفعه». و رواه الشیخ مثله.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۸۱ التهذیب ج ۷ ص ۱۶۷.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۸۰ التهذیب ج ۷ ص ۱۶۵.

و أنت خبير بـأن الروايه الاولى لا دلاله لها على محل البحث،لأنها انما تضـمنت التفصـيل بين بيع الـدار دون حصه من الساحه-و هى الطريق،و قـد حكم عليه السـلام بأن المشترى يسد بابه الشارع إلى المساحه و يفتح له بابا الى الطريق، أو ينزل من فوق البيت لعدم اسـتحقاقه المرور من تلك الساحه،حيث أنها غير داخله فى البيع،و لا شـفعه هنا لعدم الشـركه-و بين بيع حصـته من الساحه خاصه التى هى الممر،و للشـركاء حينئـذ الشـفعه من حيث الشـركه-فيها،دون الـدار،لانه لم يبعها معها فلا شـفعه فيها،و ان لم يبع حصته من تلك الطريق بعد بيعه الدار فله المجىء و السلوك فيها الى أن ينتهى الى ذلك الباب المسدود،و لا تعرض فى الروايه لبيع الدار مع الطريق،كما هو موضوع المسأله.

و اما الثانيه-فهى صـريحه فى ذلك حيث قال:«و ان باع الطريق مع الـدار فلهم الشـفعه»و قد عد العلامه فى التذكره و غيره الروايه الأولى دليلا للمسأله المذكوره.

و يمكن أن يكـون منشـأ توهمهم ذلـك حمـل قوله فيهـا بروايه الكـافى«فـإن أراد صـاحب الطريق بيعه»على معنى بيع الطريق مع الدار،و هو غلط،فإن العباره ظاهره بل صـريحه فى كون البيع،انما وقع على الطريق خاصه.و أصرح منها قوله فى روايه الشيخ«و ان أراد شـريكهم أن يبيع منقل قـدميه فهم أحق به»و يؤيـده أيضا قوله بعـد هذه العباره«و الا فهو طريقه»كما فى الكافى و قوله«و ان أراد يجىء» الى آخره كما فى روايه التهذيب،فإنه ظاهر فى انه قد باع الدار أولا.

و هذا الكلام فى الطريق خاصه بعد بيعه الدار،و أنه ان باع حصـته منها فللشريک فيها الشفعه،و الا فالطريق له يجىء و يمضى منه الى أن ينتهى الى باب الدار المسدود،هذا ظاهر الخبرين كما هو رأى العين.

و قال فى كتاب الفقه الرضوى (۱)

«فإذا كانت دار فيها دور و طريق أبوابها فى عرصه واحده،فباع رجل داره منها من رجل كان لصاحب الدار الأخرى شفعه،

۱- ۱) المستدرک ج ۳ ص ۱۴۷.

إذا لم يتهيأ له أن يحول باب الدار التى اشتراها الى موضع آخر،فان حول بابها فلا شفعه لأحد عليه». انتهى.

و الظاهر أن قوله:«إذا لم يتهيأ له أن يحول»الى آخره كنايه عن دخول الطريق فى البيع و عدمه،بمعنى أنه ان باع الدار وحدها من غير دخول الطريق معها، فلا شفعه لما عرفت من عدم موجب الشفعه،و ان أدخل الطريق فى البيع لعدم إمكان طريق له غير ذلك فله الشفعه فى الجميع.

[تنبيهات]

اشاره

و ينبغى التنبيه على أمور

الأول

لا يخفى أن مورد الخبرين المذكورين انما هو الطريق كما عرفت،و الأصحاب قد أضافوا إليها الشرب،و هو النهر الذى يجرى فيه الماء إلى الأرض المقسومه،بمعنى أن الأرض مقسومه،و النهر مشترك،فلو باع أحد الشريكين حصته من الأرض مع حصته من النهر،فللشريك الأخر الشفعه و لا يخفى ما فيه،فان الحكم على خلاف أصولهم المقرره،و الروايات المعتبره من عدم جواز الشفعه فى المقسوم مؤيدا بأصاله عدم التسلط على مال الغير،فالواجب الوقوف فيما خالف ذلك على مورد النص،كما قرروه فى غير مقام.

الثانى

-إطلاق الروايه الاولى من الروايتين المذكورتين يدل على جواز الشفعه فى الطريق،متى بيعت وحدها،سواء كانت قابله للقسمه أم لا،و المشهور بين المتأخرين اعتبار قبولها ذلك،أما فى صوره بيعها مع الدار كما هو موضوع المسأله فالظاهر من كلامهم عدم اشتراط ذلك،نظرا الى أن الطريق تابعه،و المبيع حقيقه انما هو الدار،فيكفى قبولها للقسمه.

الثالث

-هل يشترط فى جواز الشفعه فى هذه المسأله كون الدور مقسومه بعد الشركه أو لا؟أو يكفى كونها منفرده من أصلها،و كل منها على حده من غير تقدم شركه و ان اشتركت فى الطريق؟فعلى هذا يجوز الشفعه فيها أعم من أن يكون مشتركه فى الأصل،أم لا؟قولان:و بالثانى صرح العلامه فى التذكره،و هو اختياره فى المسالك.

و عليه تدل ظاهر الروايه الثانيه،حيث أن السؤال فيها عن دار فيها دور،و هو أعم

من کونها مقسومه بعد الاشتراک أم لا،و بالأول صرح المحقق فی الشرائع،و غیره فی غیره.

قال فی المسالک بعد نقله الثانی عن التذکره:و هو الظاهر،لان هذا مستثنی من اعتبار الشرکه،و یکتفی فیه بالشرکه فی الطریق،و لان زوال الشرکه بالقسمه قبل البیع یلحقها بالجواز،فلا وجه لاعتبارها.

و یظهر من عباره المصنف و جماعه-حیث فرضوا الحکم فی الأرض المقسومه مع الاشتراک فی الطریق-اعتبار الشرکه فی الأصل،و احتج له بأن ضم غیر المشفوع الی المشفوع لا یوجب ثبوت الشفعه فی غیر المشفوع اتفاقا،و المبیع الذی لا شرکه فیه فی الحال و لا فی الأصل،لیس من متعلقات الشفعه،إذ لو بیع وحده لم یثبت فیه شفعه بحال،و إثباتها لا یکون الا بمحض الجوار،و إذا ضم الی المشترک وجب أن یکون الحکم کذلک،و لعموم

قوله علیه السلام

«لا شفعه إلا لشریک مقاسم». و لا شریک هنا لا فی الحال،و لا فی الأصل،

و لروایه أبی العباس (۱)

«الشفعه لا تکون الا لشریک».

و غیر ذلک مما فی معناه.

و لا یخفی علیک ضعف هذا الاحتجاج،لان هذه الصوره مستثناه من اشتراط الشرکه بالنص و الإجماع،فلا یقدح فیها ما دل علی اشتراط الشرکه،و لا علی نفی الشفعه بضمیمه غیر المشفوع الیه،من أن المقسوم خرج عن تعلق الشفعه عندهم، فضمیمته کضمیمه غیره لولا الطریق المشترکه،و لان مدلول هذه الروایات اعتبار الشرکه بالفعل،و هو منتف مع القسمه،و لو أرید منها ما یعم السابقه لزم ثبوتها فی المقسوم،و ان لم یکن له شرکه فی الطریق.

و أما معارضه روایه منصور الصحیحه و الحسنه بتلک الأخبار-الداله علی اعتبار الشرکه،و ترجیح تلک بالکثره،و موافقتها للأصل-فعجیب،لان مدلولها علی تقدیر قطع النظر عن سندها اعتبار الشرکه بالفعل کما ذکرناه،و روایات منصور دلت علی الاکتفاء بالشرکه فی الطریق،فهی خاصه،و تلک عامه،فیجمع

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۶۵.

بینهما بتخصیص العام بما عدا ذلک انتهی.

و هو جید وجیه،الا أن فی اعتضاده بروایات منصور ما عرفته آنفا من أن ذلک انما هو مدلول إحدیهما دون الأخری.

الرابع

-ظاهر روایتی منصور المتقدمتین مع اعتبار إسنادیهما کما عرفت جواز الشفعه مع تعدد الشرکاء،و هو خلاف فتوی جمهور الأصحاب،و خلاف ما دل علیه غیرهما من الاخبار،الا أن ظاهر کلامه علیه السلام فی کتاب الفقه کون الشریک متحدا،و سیجیء الکلام فی هذه المسأله إنشاء الله تعالی فی المقام،

الخامس

-قالوا:لو باع عرصه مقسومه و شقصا من أخری،فالشفعه فی صفقه الشقص خاصه بحصته من الثمن،و الوجه فیه ظاهر،لان المقسوم لا شفعه فیه کما تقدم،و لیس هذا من قبیل الصوره المتقدمه المستثناه من هذه القاعده،و أما الشقص فالعله الموجبه للشفعه موجوده فیه،و هی الشرکه،فیعطی کل واحد حکمه،و لا یقدح فی ذلک کونه بیعا واحدا لصدق البیع علی کل واحد بانفراده أیضا.

و من هذا الباب لو باع البستان بثمره و الأرض بزرعها،بناء علی ما هو المشهور بین المتأخرین من عدم الشفعه فی الثمره و الزرع،لکونهما مما ینقل،و الشفعه مخصوصه بما لا ینقل عندهم کما تقدم ذکره.

فعلی هذا تثبت الشفعه فی غیر الثمره و الزرع بحصته من الثمن،بأن ینسب قیمه المشفوع فیه منفردا إلی قیمه المجموع،فحصته من الثمن بتلک النسبه،فإذا قیل:

قیمه المجموع مأه،و قیمه ما عدا الثمره و الزرع ثمانون،أخذ الشفیع المشفوع بأربعه أخماس الثمن کائنا ما کان.

الثانی [انتقال الشقص بالبیع خاصه]

من الشرائط المتقدم ذکرها-انتقال الشقص بالبیع خاصه،فلو جعله صداقا أو صدقه أو هبه أو صالح علیه فلا شفعه علی الأشهر الأظهر،بل کاد یکون إجماعا، و خالف فیه ابن الجنید،فأثبت الشفعه فی مجرد النقل حتی الهبه بعوض و غیرها.

قال علی ما نقله عنه فی المختلف:إذا زال ملک الشریک عنه بهبه منه بعوض شرط یعوضه إیاه،أو غیر عوض کانت للشفیع شفعه فیه،فان حبس ملکه أو أسکنه لم یکن للشفیع

شفعه،ثم نقل عنه أنه احتج بأن الحكمه الباعثه لإيجاب الشفعه فى صوره البيع موجوده فى غيره من عقود المعاوضات،و لا اعتبار بخصوصيات العقود فى ذلك فى نظر الشارع،فاما أن يثبت الحكم فى الجميع،أو ينتفى عن الجميع،فإثباته فى البعض دون البعض ترجيح من غير مرجح.

ثم أجاب عنه بأن الحكمه لا يجوز التعليل بها،لعدم انضباطها فلا بد من ضابط،و لما رأينا صور ثبوت الشفعه موجود فيها مطلق البيع،جعلناه ضابطا للمناسبه و الاقتران،على أن القياس عندنا باطل انتهى.

و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك الميل الى ما ذهب اليه ابن الجنيد هنا،حيث قال بعد ذكر المصنف الحكم المذكور:هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعا،و ليس عليه دليل صريح،و انما تضمنت الروايات ذكر البيع، و هو لا ينافى ثبوتها بغيره.

و من ثم خالف ابن الجنيد،فأثبتها لمطلق النقل،حتى بالهبه بعوض و غيره لما أشرنا إليه من عدم دليل يقتضى التخصيص،و اشتراك الجميع فى الحكمه الباعثه على إثبات الشفعه،و هو دفع الضرر عن الشريك،و لو خصها بعقود المعاوضات كما تقوله العامه كان أبعد،لأن أخذ الشفيع للموهوب بغير عوض بعيد، و به خارج عن مقتضى الأخذ انتهى.

أقول:لا يخفى أن مقتضى الدليل العقلى و النقلى كتابا و سنه و الإجماع هو عدم جواز التصرف فى مال الغير إلا بإذن منه،و الشفعه قد خرجت على خلاف مقتضى هذه الأدله المتفق عليها و على قوتها و الاعتماد عليها،و حينئذ فلا بد فى كل فرد ادعى فيه جواز الشفعه من دليل واضح من الكتاب أو السنه أو الإجماع الذى يعتمدونه،ليمكن الخروج به عما اقتضته هذه الأدله المذكوره.

و غايه ما وجد فى الاخبار بالنسبه الى هذه المسأله هو جواز الشفعه بالانتقال بالبيع خاصه،و مدعى الجواز فى الانتقال بغيره عليه الدليل،ليخرج عن عموم تلك الأدله القاطعه المانعه من جواز التصرف فى مال الغير إلا باذنه،

و بذلك يظهر لك فى ما كلام شيخنا المذكور من القصور،حيث أنه أنما مال الى مذهب ابن الجنيد،لعدم الدليل على التخصيص بالبيع،و مجرد ورود الروايات بالبيع لا يقتضى التخصيص به،و غفل عن أن الشفعه إنما خرجت على خلاف الأصول المقرره،و القواعد المعتبره كتابا و سنه و إجماعا،فيجب الاقتصار فى ثبوتها على موارد الأدله كما قرروه فى غير مقام.

و التمويه هنا بهذه الحكمه التى يدعونها لم نقف عليه فى خبر من الاخبار، و انما استنبطوها من أخبار الشفعه الوارده فى البيوع،و على تقدير حكم الشارع بالشفعه فى البيع لدفع الضرر عن الشريك،فالتعديه الى غير البيع قياس محض، لان هذه العله مخصوصه بصوره البيع،و حمل غيره عليه قياس محض،إذ يمكن أن يكون للبيع خصوصيه فى ذلك لا نعلمها،فكيف يمكن التعديه بمجرد ذلك.

و بالجمله فإن التمسك بذلك فى مقابله ما ذكرنا من الأدله القاطعه و البراهين الساطعه مجازفه محضه هذا.

و أما الاخبار الداله على ما هو المشهور و المؤيد المنصور فمنها ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن أبى بصير (١)عن أبى جعفر عليه السلام

«قال سألته عن رجل تزوج امرأه على بيت فى دار له،و له فى تلك الدار شركاء قال:جائز له و لها،و لا شفعه لأحد من الشركاء عليها».

و وصف هذه الروايه فى المسالك بالصحه،مع أن أبا بصير فيها مشترك، و لا قرينه تعين كونه المرادى الثقه،و من قاعدتهم عدها فى الضعيف،و هى واضحه فى رفع ما ادعوه من الحكمه الموجبه للعموم فى جميع الانتقالات، و منها

روايه الغنوى المتقدمه فى المقصد الأول (٢)و قوله فيها

«الشفعه فى البيوع إذا كان شريكا فيها فهو أحق بها من غيره بالثمن».

و منها

مرسله يونس المتقدمه ثمه أيضا و فيها

«الشفعه جائزه فى كل شيء من

١- ١) التهذيب ج ٧ ص ١٦٧.

٢- ٢) ص ٢٨٩.

حیوان أو أرض أو متاع إذا کان الشیء بین شریکین لا غیر،فباع أحدهما نصیبه» الحدیث.

و منها روایتا منصور بن حازم المتقدمتان فی الشرط الأول من هذا المقصد (۱)فان موردهما البیع،الی غیر ذلک من الاخبار.

الثالث [أن لا یکون الشریک أکثر من واحد]

اشاره

من الشروط المعتبره فی الشفعه:أن لا یکون الشریک أکثر من واحد علی المشهور،و الیه ذهب الشیخان و المرتضی و أتباعهم،حتی ادعی ابن إدریس علیه الإجماع،و نقل فی المختلف عن الشیخین،و علی بن بابویه،و السید المرتضی و سلار،و أبی الصلاح،و ابن البراج،و ابن حمزه،و الطبرسی،و ابن زهره،و قطب الدین الکیدری،و ابن إدریس،و نقله فی المختلف أیضا عن والده.

و الصدوق فی المقنع وافق المشهور،و نسب ثبوتها مع الکثره إلی الروایه و فی الفقیه ذهب الی ثبوتها مع الکثره فی غیر الحیوان،فإنه روی فیه روایه طلحه بن زید (۲)الداله علی ثبوت الشفعه علی عدد الرجال،ثم قال بعد نقل روایات فی البین (۳):

«و سئل الصادق علیه السلام عن الشفعه لمن هی و فی أی شیء هی؟ و هل تکون فی الحیوان شفعه؟قال:الشفعه واجبه فی کل شیء من حیوان أو أرض أو متاع إذا کان الشیء بین شریکین لا غیرهما فباع أحدهما نصیبه،فشریکه أحق به من غیره،فإذا زاد علی الاثنین فلا شفعه لأحد منهم».

ثم قال:قال المصنف هذا الکتاب:یعنی بذلک الشفعه فی الحیوان وحده فاما فی غیر الحیوان فالشفعه واجبه للشرکاء،و ان کان أکثر من اثنین،و تصدیق ذلک ما رواه

أحمد بن محمد بن ابی نصر عن عبد الله بن سنان (۴)قال:

«سألته عن مملوک». ثم ساقه کما سنذکره هنا إنشاء الله تعالی.

و ذهب ابن الجنید الی ثبوتها مع الکثره مطلقا،و قواه العلامه فی المختلف بعد ذهابه الی المشهور،و خطأ ابن إدریس فی دعواه الإجماع،و نقل المحقق

۱- ۱) ص ۲۹۴.

۲- ۲) الفقیه ج ۳ ص ۴۵.

۳- ۳) الفقیه ج ۳ ص ۴۶.

۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۴۶.

قولا بثبوتها مع الكثره فی غیر العبد.

أقول:و الأصل فی هذا الخلاف اختلاف الاخبار فی هذه المسأله فمما یدل علی القول المشهور ما رواه

فی الکافی و التهذیب عن عبد الله بن سنان (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لا تکون الشفعه إلا لشریکین ما لم یتقاسما،و إذا صاروا ثلاثه فلیس لواحد منهم شفعه».

و عد هذه الروایه فی المسالک صحیحه،مع أن فی سندها محمد بن عیسی عن یونس،و هو یعد هذا السند دائما فی الضعیف،فوصفه هنا بالصحه غفله منه (قدس سره).

و منها

مرسله یونس (۲)المتقدمه و هی التی ذکرها الصدوق هنا مرسله عنه علیه السلام

«و فیها و الشفعه جائزه فی کل شیء من حیوان أو أرض أو متاع إذا کان الشیء بین شریکین لا غیر،فباع أحدهما نصیبه فشریکه أحق به من غیره،فإذا زاد علی الاثنین فلا شفعه لهم».

و ما رواه

فی التهذیب عن عبد الله بن سنان (۳)فی الموثق قال:

«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:المملوک یکون بین شرکاء فباع أحدهم نصیبه،فقال أحدهما:

أنا أحق به إله ذلک؟قال:نعم إذا کان واحدا».

و منها ما رواه

فی الفقیه فی الصحیح عن البزنطی عن عبد الله بن سنان (۴)قال:

«سألته عن مملوک بین شرکاء أراد أحدهم بیع نصیبه قال:یبیعه،قلت:فإنهما کانا اثنین فأراد أحدهما بیع نصیبه فلما أقدم علی البیع قال له شریکه:أعطنی قال:أحق به،ثم قال علیه السلام:لا شفعه فی حیوان الا أن یکون الشریک فیه واحدا».

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۸۱ التهذیب ج ۷ ص ۱۶۴ و اخرج الأخیر الفقیه ج ۳ ص ۴۶.

۲- ۲) الکافی ج ۵ ص ۲۸۱ التهذیب ج ۷ ص ۱۶۴ و اخرج الأخیر الفقیه ج ۳ ص ۴۶.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۱۶۶.

۴- ۴) الفقيه ج ۳ ص ۴۶.

و ما رواه

فی الکافی و التهذیب فی الصحیح و الحسن أو الصحیح عن الحلبی (۱)عن أبی عبد الله(علیه السلام)

«أنه قال فی المملوک یکون بین الشرکاء فیبیع أحدهم نصیبه فیقول صاحبه:أنا أحق به إله ذلک،قال:نعم إذا کان واحدا،قیل له:فی الحیوان شفعه؟قال:لا».

و فی کتاب الفقه الرضوی (۲)قال(علیه السلام):

«و روی أن الشفعه واجبه فی کل شیء من الحیوان أو العقار و الرقیق إذا کان الشیء بین شریکین فباع أحدهما فالشریک أحق به من الغریب،و إذا کان الشرکاء أکثر من اثنین فلا شفعه لواحد منهم».

و أما ما یدل علی الشفعه مع الکثره فمنه ما رواه

فی التهذیب و الفقیه عن السکونی (۳)

«عن جعفر عن أبیه عن آبائه(علیهم السلام)عن علی(علیه السلام)قال:الشفعه علی عدد الرجال».

و ما رواه

فی الفقیه عن طلحه بن زید (۴)

«عن جعفر بن محمد عن أبیه علیهم السلام قال:قال علی(علیه السلام):الشفعه علی عدد الرجال».

هذا ما حضرنی من روایات هذا الحکم،و الشیخ قد حمل الروایتین الأخیرتین علی التقیه،قال،لموافقتهما بعض العامه و هو جید،و یؤیده أن رواتهما من رجال العامه،و أنت خبیر بأنه مع قطع النظر عن ذلک،فان هاتین الروایتین لا یبلغ قوه فی معارضه الأخبار المتقدمه،و من قواعدهم أنهم لا یجمعون بین الاخبار الا مع المعارضه،و الا فإنهم یطرحون المرجوح منها.

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۱۰ التهذیب ج ۷ ص ۱۶۶ الصحیح فی روایه التهذیب و الحسن أو الصحیح فی روایه الکافی باعتبار إبراهیم ابن هاشم-منه رحمه الله.

۲- ۲) المستدرک ج ۳ ص ۱۴۸.

۳- ۳) التهذیب ج ۷ ص ۱۶۶ الفقیه ج ۳ ص ۴۵.

۴- ۴) الفقیه ج ۳ ص ۴۵.

و أما جمع الصدوق فی الفقیه بینها بحمل الأخبار الداله علی التخصیص بالاثنین علی الحیوان خاصه،و جواز الشفعه مع الکثره فی غیره.

فیرده تصریح جمله من الاخبار الداله علی اشتراط کونها اثنین فی غیر الحیوان، مثل مرسله یونس،و روایه کتاب الفقه الرضوی،و هو معتمد علیه عنده،و قد أکثر الإفتاء بعبائره فی کتابه کما قدمنا ذکره،سیما فی کتب العبادات.

و أما قوله فی ما تقدم نقله عنه بعد إیراد مضمون مرسله یونس:یعنی بذلک الشفعه فی الحیوان وحده»فهو عجیب من مثله(قدس سره)فان سیاق کلامه علیه السلام أن الشفعه واجبه فی کل شیء من حیوان أو أرض أو متاع بشرط أن یکون ذلک الشیء بین اثنین لا أزید،فأی مجال هنا للتخصیص بالحیوان کما زعمه،علی أن المتبادر من الحیوان فی هذه الروایات انما هو الحیوان الغیر الأناسی،کما هو صریح صحیحه الحلبی،حیث صرح فیها باشتراط الاثنینیه فی المملوک،و أنه لا یجوز الشفعه فیه الا بذلک،ثم نفی الشفعه عن الحیوان،و حینئذ فیکون الروایات الداله علی اشتراط الاثنینیه فی العبد مخالفه لما ذکره.

و بالجمله فالأظهر عندی هو القول المشهور،و حمل خبری السکونی و طلحه بن زید علی التقیه.نعم ربما أوهم الدلاله علی هذا القول روایتا منصور بن حازم المتقدمتان،مع اعتبار إسنادیهما کما أشرنا إلیه آنفا.

و مثلهما

روایه عقبه بن خالد (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«قضی رسول الله صلی الله علیه و آله،بالشفعه بین الشرکاء». و توجیه الاستدلال بهذه الأخبار بأنها وردت بلفظ الجمع فی الشرکاء،و أقله ثلاثه،و کذا لفظ القوم فی إحدی روایتی منصور بن حازم و أجاب الشهید فی الدروس عن روایتی منصور بالحمل علی التقیه،قال:لموافقتهما لمذهب العامه،و هو جید.

و یمکن الجواب أیضا بحمل الجمع علی الاثنین،فإنه و ان کان مجازا علی

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۸۰.

المشهور بين الأصوليين،الا أنه لا بأس به فى مقام الجمع بين الاخبار،و اليه يميل كلام المحقق الأردبيلى فى شرح الإرشاد،و نقله أيضا عن الاستبصار،قال:فإنه يصح إطلاق الجمع على الاثنين بل على الواحد،كالقوم،و ان كان مجازا،لجمع بين الأدله،ثم ذكر الحمل على التقيه أيضا.

أقول:و يؤيده ما قدمنا نقله عن كتاب الفقه الرضوى،حيث أن ظاهر عبارته كون الشريك فى هذه الصوره المفروضه فى هذا الخبرين واحدا،كما قدمنا الإشاره إليه.

ثم أقول:لا يخفى أن ما قدمناه فى سابق هذا الشرط من التحقيق،و أن الأصل-بمقتضى الأدله العقليه و النقليه كتابا و سنه و الإجماع-هو عدم جواز الشفعه التى هى عباره عن التصرف فى مال الغير بغير اذنه،فيتوقف الخروج عن هذا الأصل الأصيل على دليل واضح صريح صحيح فى جواز الشفعه،و الذى دلت عليه الاخبار المعتمده بصريحها هو التخصيص بصوره ما إذا كانا اثنين خاصه.

و ما دل على أكثر،لتطرق الاحتمال اليه بالحمل على التقيه التى هى فى اختلاف الأحكام الشرعيه أصل كل بليه،و احتمال الحمل على التجوز الذى هو باب واسع فى الآيات و الروايات،و كلام البلغاء لا يمكن الخروج به عن ذلك الأصل المشار اليه.

و ما ادعاه فى المسالك-من أن روايات هذا القول أكثر و أوضح دلاله و أن روايه منصور أصح طريقا-ففيه أنه لم يورد من روايات القول المشهور إلا روايه عبد الله بن سنان-التى قدمنا النقل عنه أنه وصفها بالصحه-و مرسله يونس،و الحال كما عرفت أن دليل القول المشهور هو جمله الروايات التى قدمناها،و هى أكثر عدوا و أصرح دلاله،و فيها جمله من الصحاح،و ما ذكره من صحه صحيحه منصور مسلم،لكنها غير صريحه،لما عرفت من تطرق الاحتمالات إليها،بخلاف تلك الروايات.

و كيف كان فإنه ينبغى أن يستثنى المملوك من محل الخلاف،لما تضمنه

جمله من الاخبار الصحيحه الصريحه فى اشتراط وحده الشريك فى صحه الشفعه فيه، و يجعل محل الخلاف فيما عداه،و به يظهر قوه القول الذى نقله المحقق كما قدمنا ذكره فى جمله أقوال المسأله:و الله العالم.

تنبيه:

قال فى المسالك-بعد تمام البحث فى المسأله المذكوره-:إذا عرفت ذلك فقد اختلف القائلون بثبوتها مع الكثره،هل هى على عدد الرؤوس،أو على قدر السهام،صرح الصدوق بالأول،و نقله الشيخ عنهم مطلقا،و قال ابن الجنيد:الشفعه على قدر السهام من الشركه،و لو حكم بها على عدد الشفعاء جاز،و يدل على الأول

روايه طلحه بن زيد

«أن عليا(عليه السلام)قال:الشفعه تثبت على عدد الرجال».

أقول:و مثلها روايه السكونى أيضا كما تقدم،و به يظهر رجحان هذا القول على تقدير العمل بروايات الكثره،إلا أنك قد عرفت حمل الخبرين المذكورين على التقيه،و الكلام فى هذا الفرع لا محصل له على ما اخترناه.

الرابع [أن يكون مما يمكن قسمته]

-ما ذكره جمله من المتأخرين كالعلامه فى الإرشاد من أن من شروط الشفعه أن يكون مما يمكن قسمته،و نقل عنه فى التذكره أن هذا شرط عند أكثر علمائنا.

أقول:قد عرفت فى صدر المقصد الأول الخلاف فى هذا المقام،و أن المشهور بين المتقدمين و جمله من المتأخرين هو ثبوتها فى كل مبيع منقول أو غيره قابل للقسمه أم لا،فلعل ما نقل عن التذكره من نسبه هذا القول الى أكثر علمائنا يعنى المعاصرين له، و الا فإن ابن إدريس و من تقدم كما تقدم ذكره انما هم على خلاف ذلك،و شهره هذا القول بين المتأخرين كما تقدم نقله عنهم انما وقع بعد العلامه.

و بالجمله فإن نسبته الى أكثر علمائنا لا يخلو من الاشكال لما عرفت،و تحقيق الكلام فى هذا الشرط قد تقدم فى المقصد الأول (۱).

ص: ۳۰۶

۱- ۱) ص ۲۹۹.

المقصد الثالث فی الشفیع

اشاره

قالوا:و هو کل شریک بحصه مشاعه قادر علی الثمن،و یشترط فیه الإسلام إذا کان المشتری مسلما.

أقول.و تفصیل هذه الجمله یقع فی مواضع

الأول [اشتراط الشرکه بحصه مشاعه]

-قد عرفت فی الشرط الأول من المقصد الثانی أن من شروط الشفعه الشرکه بحصه مشاعه،فلا شفعه فیما قسم،و لا فی الجوار الا فیما تقدم من صوره الاشتراک فی الطریق،کما تقدم تحقیقه.

الثانی [المراد بالقادر علی الثمن]

-قالوا:المراد بالقادر علی الثمن ما یشمل القدره بالفعل أو القوه، لیدخل فیه الفقیر القادر علی دفعه و لو بالاقتراض،و استشکلوا فی المماطل و الهارب، لصدق القدره علیهما بالفعل،فضلا عن القوه،فتصح الشفعه بناء علی ذلک الحکم، الا ان اللازم من ذلک الضرر علی المشتری،و الظاهر کما استظهره المحقق الأردبیلی عدم صدقه علیهما،لأنهما فی قوه العاجز عن الثمن بل أقبح،و من هنا قالوا:لو ماطل القادر علی الأداء بطلت الشفعه،قالوا:و لو ادعی غیبه الثمن فان ذکر أنه ببلده،أخر ثلاثه أیام من وقت حضوره للأخذ،و ان ذکر أنه ببلد آخر أجل بمقدار ذهابه الیه و أخذه و عوده و ثلاثه أیام.

و الذی وقفت علیه من الاخبار هنا ما رواه

الشیخ فی التهذیب عن علی بن مهزیار (1)فی الحسن قال:

«سألت أبا جعفر الثانی علیه السلام عن رجل طلب شفعه أرض فذهب علی أن یحضر المال فلم ینض،فکیف یصنع صاحب الأرض ان أراد بیعها أ یبیعها أو ینتظر مجیء شریکه صاحب الشفعه؟قال:ان کان معه فی المصر فلینتظر به ثلاثه أیام،فإن أتاه بالمال و الا فلیبع و بطلت شفعته فی الأرض،و ان طلب الأجل لی أن یحمل المال من بلد الی بلد آخر فلینتظر به مقدار ما یسافر الرجل الی تلک البلده و ینصرف،و زیاده ثلاثه أیام إذا قدم،فان وافاه و إلا فلا شفعه له».

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۶۷.

و أنت خبیر بـأن مورد الروایه المـذکوره انما هو الشـفعه قبل البیع،و أن الـذی ینتظر الشـریک الـذی یریـد أن یبیع لا المشتری،و الأصـحاب قد استدلوا بها علی الشفعه بعده،و لعلهم قاسوا حال المشتری علی البائع،و هو مشکل، و أیضا فظاهر الخبر الجواز،أعم من أن یکون فی ذلک ضـرر أم لا،و هم قـد قیـدوا الجواز بعـدم الضـرر،و کأنهم قیـدوا الخبر بذلک،لأنه منفی بالعقل و النقل و حینئذ فلو کان البلد بعیدا جدا و یتضـرر بالتأخیر فلا شفعه،و ما ذکره المحقق الأردبیلی (قدس سره)من المناقشه هنا الظاهر ضعفه (۱).

الثالث [الشفعه فی ذوات القیم]

لا-خلاف بین الأصـحاب کما نقله فی المختلف فی الثمن إذا کان من ذوات الأمثال تثبت الشـفعه،إنما الخلاف فیما إذا کان من ذوات القیم،فذهب الشـیخ فی الخلاف الی بطلان الشفعه،و نقله فی المبسوط عن بعض أصحابنا، و هو منقول أیضا عن الطبرسی و ابن حمزه،و اختاره العلامه فی المختلف (۲).

ص: ۳۰۸

۱- ۱) حیث قال:و ظاهر الروایه غیر مقیـد بعـدم الضـرر فکأنهم قیـدوا بعدم الضـرر، لأنه منفی بالعقل و النقل،لکنه غیر ظاهر،لأنا نجـد وقوعه فی الشـرع کثیرا فلیس له ضابط واضح خصوصا مع وجود النص.انتهی،و فیه أن ما ادعاه عن وقوعه فی الشـرع کثیرا فی محل المنع،و مع تسـلیمه فیجب الاقتصار به علی موضـعه،و یخص به الدلیل العقلی و النقلی الدال علی عدم جوازه.و ما أطلق من هـذه الروایه و نحوها یجب تخصیصـها بالأدله المـذکوره کما هو مقتضـی القواعد المقرره،و بالجمله،فإن مناقشـته بمحل من الضعف و النظر-منه رحمه الله.

۲- ۲) أقول:و یؤیـد القول بالبطلاـن أن الشـفعه انما یکون بمثل الثمن،و الثمن هنا لیس من ذوات الأمثال،و القائلون بالجواز انما یوجبون القیمه وقت العقـد، و هی لیست مثل الثمن و المثمن،و یشیر الی ذلک أیضا روایه الغنوی المتقدمه فی المقصد الأول،و قوله فیهـا فهو أحق بهـا من غیره بـالثمن،و هو انما یتحقق بالمثل، لان الحمل علی الثمن الحقیقی متعـذر فیصار حینئـذ إلی أقرب المجـازات و هو المثل و المحقق فی النافع بعـد أن اختار جواز الشـفعه نسب القول بسـقوط الشـفعه إلی روایه فیها احتمال،و قال بعض الأصـحاب فی الاحتمال المذکور قصر الروایه علی موردها و لا یخفی ما فیه من البعد سیما مع اعتضاد الروایه المذکور بما ذکرناه فی الأصل منه رحمه الله.

و قال الشيخ:بصحه الشفعه،و أنه يأخذ بقيمته،و به قال المفيد،و أبو الصلاح و ابن إدريس،و المحقق فى النافع،و الأقرب الأول تمسكا بما ذكرنا من الأصل المتقدم ذكره حتى يقوم الدليل على جواز الشفعه فى موضع البحث،و يدل عليه أيضا ما رواه

الشيخ فى التهذيب عن ابن رئاب (۱)

«عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى دارا برقيق و متاع و بز و جوهر قال:ليس لأحد فيها شفعه».

استند أصحاب القول الثانى إلى عموم ثبوت الشفعه،و فيه أن العموم مخصص بما ذكرناه من الدليل.

الرابع:هل يدخل الموقوف عليه فيمن يجوز له الأخذ بالشفعه أم لا؟

و توضيح ذلك أنه إذا كان بعض الدار أو الأرض وقفا و البعض الأخر طلقا،فان بيع الوقف على وجه يصح بيعه فالظاهر أنه لا إشكال فى أن للشريك و هو صاحب الطلق الشفعه، لوجود المقتضى و عدم المانع.

إنما الاشكال و الخلاف فيما إذا بيع الطلق،و قال السيد المرتضى(رضى الله عنه):لإمام المسلمين و خلفائه المطالبه بشفعه الوقوف التى ينظرون فيها على المساكين،أو على المساجد و مصالح المسلمين،و كذلك كل ناظر بحق فى وقف من وصى و ولى،له أن يطالب بشفعته.

و قال الشيخ (۲)فى المبسوط:إذا كان نصف الدار وقفا و نصفها طلقا فبيع الطلق

۱- ۱) التهذيب ج ۷ ص ۱۶۷.

۲- ۲) قال فى الكتاب المذكور:لو كانت الدار وقفا و بعضها طلقا فبيع الطلق لم يكن للموقوف عليهم شفعه و لو كان واحدا،لانه ليس مالكا للرقبه على الخصوص انتهى.منه رحمه الله.

لم یستحق أهل الوقف الشفعه بلا خلاف،و تبعه المحقق فی الشرائع و الشهید فی الدروس.

و قال ابن إدریس:ان کان الموقوف،علیه واحدا صحت الشفعه،و الا فلا،و اختاره العلامه فی المختلف و احتج علیه بأنه مع الاتحاد یصدق شریک واحد فی بیع،فکان له الشفعه کالطلق،ثم نقل عن الشیخ الاحتجاج بعدم انحصار الحق فی الموقوف علیه،و بعدم الانتقال الیه.

قال:و الجواب المنع من المتقدمتین و هذا القول هو المشهور بین المتأخرین، و الظاهر أن الخلاف المذکور مبنی علی أنه هل ینتقل الوقف الی الموقوف علیه مطلقا،أو مع اتحاده،أو لا مطلقا؟فیرجع کل من الأقوال الثلاثه الی ذلک،الا أن الشهید فی الدروس-مع اختیاره فی الوقف انتقاله الی الموقوف علیه-حکم هنا بعدم الشفعه،معللا بنقص الملک،بمعنی أن تملک الموقوف علیه تملک ناقص،و لهذا لا ینفذ تصرفه فیه،فلا یتسلط علی الأخذ بالشفعه.

و أورد علیه بأن المعتبر فی ثبوتها،الشرکه المتحققه بالملک فی الجمله،نقصه بالحجر علی المالک فی التصرف لا ینافی کونه مالکا،و من ثم ثبتت لغیره ممن یجری علیه فی التصرف.أقول:و المسأله لعدم النص فی محل الاشکال.و الله العالم.

الخامس [اشتراط إسلام الشفیع لو کان المشتری مسلما]

-قد صرح جمله من الأصحاب:بأنه یشترط فی الشفیع الإسلام إذا کان المشتری مسلما،قالوا:لان الشفیع انما یأخذ من المشتری قهرا و أخذه منه علی وجه القهر سبیل علی المسلم،و هو منفی بقوله عز و جل (1)«وَ لَنْ یَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْکٰافِرِینَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلاً» .

و فیه أن المراد من الآیه المذکوره کما قدمناه فی کتاب البیع انما هو السبیل من جهه الحجه،کما ورد به النص فی تفسیرها عنهم علیهم السلام و ان کانوا(رضوان الله

۱- ۱) سوره النساء الآیه ۱۴۱.

علیهم)قد أکثروا من الاستدلال بها فی مثل هذا الموضع.

نعم یدل علی ذلک ما رواه فی الکافی و التهذیب عن السکونی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام،

و رواه فی الفقیه مرسلا عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لیس للیهود و لا للنصاری شفعه».

و قال الرضا علیه السلام فی کتاب الفقه (۲)

«و لا شفعه لیهودی و لا نصرانی و لا مخالف».

و هو صریح فی عدم جواز الشفعه للمخالف،و فیه رد علی من حکم بإسلام المخالفین من أصحابنا(رضوان الله علیهم)فان الظاهر منهم بناء علی حکمهم بإسلام المخالفین، ثبوت الشفعه لهم،و أما من یحکم من أصحابنا بکفرهم کما هو المشهور بین المتقدمین فلا،و کلامه علیه السلام هنا مؤید لذلک،و فی التقیید فی نفی شفعتهم بکون المشتری مسلما إشاره إلی أنه لو کان المشتری منهم فلهم الشفعه،و هو کذلک بغیر خلاف،و علیه یحمل إطلاق الخبرین المذکورین ایضا (۳)و الله العالم.

السادس [اشتراط قدره الشفیع علی الثمن]

-قد تقدم اشتراط قدره الشفیع علی الثمن،و حینئذ فلو کان عاجزا عن الثمن فلا شفعه له،و یتحقق العجز باعترافه بذلک،و الظاهر أن المراد بالعجز ما هو أعم من إعساره عن الثمن،و العجز عن تحصیله،و لو علی جهه القرض،بمعنی أنه عاجز عن تحصیله بکل وجه من الوجوه،لما تقدم من أن المراد بالقدره ما هو أعم من أن یکون بالفعل أو القوه،فیدخل فیه الفقیر القادر علی القرض.

و بذلک یظهر لک ما فی کلامه فی المسالک حیث قال-بعد أن حکم بتحقق العجز باعترافه:و فی تحققه بإعساره وجهان:أجودهما العدم،لإمکان تحصیله

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۸۱ التهذیب ج ۷ ص ۱۶۶ الفقیه ج ۳ ص ۴۵.

۲- ۲) المستدرک ج ۲ ص ۱۴۸.

۳- ۳) بمعنی ان إطلاق الخبرین دال علی نفی الشفعه أعم من أن یکون المشتری مسلما أم لا،و لا بد من تقییده بکونه مسلما،لعدم الخلاف فی جواز الشفعه لو کان منهم.منه رحمه الله.

بقرض و نحوه،مع أنه سابقا فسر القدره بما ذكرناه،من أنها أعم من القادر بالفعل أو القوه،ليدخل الفقير القادر على القرض.

و حينئذ فإذا كان الفقير القادر على القرض داخلا فی القادر على تحصيل الثمن.فلا معنى للتردد فی تحقق العجز بالإعسار حتى أنه يتردد هنا فی ذلك،ثم يقول:و الأجود العدم،بل مقتضى ما قدمه أن المعسر ليس بعاجز،لإمكان تحصيله بالقرض فلا وجه للتردد بالكليه.

ثم أنه حكم فی المسالك بأن المعسر ينظر ثلاثه أيام كمدعی غيبته،و فيه إشكال فإنه مع تسليم دلاله الروايه على ما ادعاه-مع ما عرفت آنفا من أن موردها انما هو الشفعه قبل البيع،فهی خارجه عن محل البحث،و محض قياس،فان مورد النص بناء على ما يدعيه غيبه الثمن،فإلحاق المعسر به قياس محض.

نعم يمكن أن يقال:ان الروايه ليست صريحه فی أن التأخير من حيث غيبه المال،بمعنى أن المال موجود و لكنه غير حاضر،بل الظاهر منها ما هو أعم من ذلك و من عدمه بالكليه،لأنه قال فيها:«مذهب على أن يحضر المال فلم ينض (1)»ای لم يحصل فجوز عليه السلام له النظره إلى ثلاثه أيام،و ظاهر عدم الحصول هو المعنى الثانی الذی ذكرناه.

ثم انهم حكموا بأن المماطل و الهارب كالعاجز لا شفعه بهما،و المراد بالمماطل هو القادر على الثمن و لا يؤدی،قال فی المسالك:و لا يشترط فيه مضی ثلاثه أيام،لأنها محدوده للعاجز،و لا عجز هنا،و يحتمل الحاقه به بظاهر روايه على بن مهزيار (2)عن الجواد(عليه السلام)بانتظاره ثلاثه أيام حيث لم ينض الثمن.

انتهى.

ص:٣١٢

١- ١) قال فی كتاب المصباح المنير:نض الثمر:حصل و تعجل،و قال ابن الفوته نض الشیء:حصل-الى أن قال-لانه يقال ما نض بيدی من شیء:أی ما حصل انتهى.منه رحمه الله.
٢- ٢) التهذيب ج ٧ ص ١٦٧.

و فیه ما عرفت آنفا ثم قال:و أما الهارب فان کان قبل الأخذ فلا شفعه له، لمنافاته الفوریه علی القول بها،و ان کان بعده،فللمشتری الفسخ،و لا یتوقف علی الحاکم لعموم

«لا ضرر و لا ضرار».

السابع [ثبوت الشفعه للغائب و الصبی و المجنون]

قد صرح الأصحاب بثبوت الشفعه للغائب و الصبی و المجنون،و یتولی الأخذ ولیهما مع الغبطه.

أقول:و یدل علیه بالنسبه إلی الغائب و الصبی

ما رواه المشایخ الثلاثه عن أبی عبد الله(علیه السلام)اما الکلینی و الشیخ فبطریق السکونی (1)المتقدم فی الموضع الخامس،و أما الصدوق فبالإرسال عنه(علیه السلام)فی حدیث قد تقدم ذکره فی الموضع المشار الیه قال:

«قال أمیر المؤمنین علیه السلام:وصی الیتیم بمنزله أبیه یأخذ له الشفعه،إذا کان له فیه رغبه:و قال:للغائب شفعه» (2). و کأنهم حملوا المجنون علی الصبی،الا أن ظاهر کلامهم أن ثبوت هذا الحکم لهؤلاء انما هو بالأدله العامه، دون هذه الروایه.

قال فی المسالک-بعد ذکر المصنف ثبوتها للغائب و السفیه و المجنون و الصبی-ما صورته:لا شبهه فی ثبوتها لمن ذکر لعموم الأدله المتناوله للمولی علیه و غیره،و هو جید،مؤید بالروایه المذکوره،و حینئذ فثبوت الشفعه للغائب بعد حضوره و ان طال زمان الغیبه فیتولی الشفعه بنفسه.

قالوا:و لو تمکن من المطالبه فی الغیبه بنفسه أو وکیله فکالحاضر،و فی حکمه المریض الذی لا یتمکن من المطالبه،و کذا المحبوس ظلما أو بحق یعجز عن أدائه،و فیه توقف،و أما الصبی و المجنون و السفیه فیطالب لهم الولی مع الغبطه کما أشار إلیه فی الروایه،لقوله«إذا کان له فیه رغبه»و الظاهر أنه لو ترک الولی

1- 1) التهذیب ج 7 ص 166 الکافی ج 3 ص 45.

2- 2) أقول فیه دلاله علی ان الوصی بمنزله الأب حتی فی الأخذ بالشفعه منه رحمه الله.

الأخذ مع الغبطه لم يسقط حقهم من الشفعه،بل لهم الأخذ بها بعد زوال المانع لأن التأخير وقع لعذر كالغائب.

الثامن [ثبوت الشفعه للولی إذا كان شريكا لليتيم و باع ماله لمصلحته]

-لا إشكال فی أن لولی اليتيم أن يبيع ماله لمصلحته،كالإنفاق عليه و نحوه،سواء كان أبا أو جدا أو وصيا،انما الكلام فی ثبوت الشفعه للولی إذا كان شريكا لليتيم فی ذلك الشقص،فقيل:لا يصح بالشفعه مطلقا،لرضا الولی بالبيع فإنه مسقط للشفعه و ان كان قبل العقد،و به صرح العلامه فی المختلف.

و فصل الشيخ فی المبسوط فقال:إذا باع ولی اليتيم حصته من المشترك بينه و بينه،لم يكن له الأخذ بالشفعه،الا أن يكون أبا أو جدا،لأن الوصی متهم، فيؤثر تقليل الثمن،و لانه ليس له أن يشتری لنفسه،بخلاف الأب و الجد،فإنهما غير متهمين،و لهما أن يشتريا لأنفسهما.

و ما ذكره الشيخ هنا من أنه ليس للوصی أن يشتری لنفسه كالأب و الجد منعه العلامه فی المختلف،فقال:و يجوز عندنا أن يشتری الوصی لنفسه كالأب و الجد.

و ظاهر المحقق فی الشرائع القول بالجواز مطلقا،و ظاهره فی المسالك الميل اليه،حيث أنه قرره و أوضحه،و لم يتعرض عليه،فأجاب عن إبطال الشيخ شفعه الوصی بالتهمه،بأن المفروض وقوع البيع على الوجه المعتبر،و أجاب عن تعليل العلامه البطلان برضا الولی،فقال:و لا يتم أن الرضا بالبائع قبله يسقط الشفعه،لأن ذلك تمهيد للأخذ بالشفعه و تحقيق لسببه،فلا يكون الرضا به مسقطا لها،إذ الرضا بالسبب من حيث هو سبب يقتضی الرضا بالمسبب،فكيف يسقطه، و المسأله لخلوها عن النص محل اشكال،و مرجع قول المحقق الی تفريع الأخذ بالشفعه على جواز الشراء،و لا يخلو من قرب و الله العالم.

ص: ۳۱۴

المقصد الرابع فی کیفیه الأخذ بالشفعه

اشاره

و فیه مسائل

الاولی [عدم توقف الشفعه علی انقضاء الخیار]

-الظاهر أنه لا خلاف کما نقله فی المسالک فی أنه لو اشتمل البیع المشفوع علی خیار و کان الخیار للمشتری فإن للشفیع الشفعه بنفس العقد،و لا یتوقف علی انقضاء الخیار،قالوا:لان انتقال الملک عن البائع یحصل بالعقد من غیر توقف علی انقضاء الخیار،و الشفعه مترتبه علی صحه البیع و الانتقال إلی المشتری لیؤخذ منه.

و ظاهرهم سقوط خیاره،لانتفاء الفائده من فسخه،لان غرضه علی تقدیر الفسخ حصول الثمن،و قد حصل من الشفیع بالشفعه،فلا ثمره تترتب علی فسخه، بخلاف فسخ البائع،لأن غرضه الرجوع الی المبیع.

و أما لو کان الخیار للبائع أولهما،أو للبائع و أجنبی،فإن قلنا بانتقال المبیع بنفس العقد کما هو الأشهر الأظهر،ثبتت الشفعه،لحصول المقتضی،و هو البیع الناقل للملک مع وجود الشریک،و انتفاء المانع،إذ لیس الا الخیار و هو غیر صالح للمانعیه،لأن غایته کون العقد بسبب الخیار متزلزلا،و لم یثبت کونه مؤثرا فی المنع،و ان لم نقل بالانتقال بنفس العقد،بل یتوقف علی مضی الخیار،کما هو قول الشیخ،فلا شفعه حتی ینقضی الخیار،لأن الشفعه مترتبه علی الانتقال و الملک،و هو لا یحصل الا بعد مضی الخیار.

ثم انه علی تقدیر القول المشهور من الانتقال بنفس العقد،فهل یسقط خیار البائع بالأخذ بالشفعه؟لانتقال الملک عن المشتری،لأن البائع إذا فسخ انما یرجع علی المشتری،و الحال أن المبیع قد خرج عن ملک المشتری،و صار الی مالک آخر أم لا یسقط؟لأن الأصل بقاء الخیار،فان فسخ البائع أو ذو الخیار بطلت الشفعه، و ان لم یفسخ حتی انقضت مده الخیار ثبتت الشفعه،قولان:و ثانیهما لا یخلو من قوه،و هو اختیاره فی المسالک.

بقی هنا شیء ینبغی التنبیه علیه،و هو أن ما ذکرنا من التفصیل من کون الخیار

ص: ٣١۵

للمشترى أو للبائع،و أنه على الأول ينتقل المبيع إلى المشترى،بخلاف الثانى لما فيه من الخلاف،صرح به الشيخ فى الخلاف و المبسوط فى باب الشفعه،مع أنه فى الخلاف فى باب الخيار من كتاب البيع قال:انه إذا كان الخيار للمشترى وحده زال ملك البائع عن الملك بنفس العقد،لكنه لم ينتقل إلى المشترى حتى ينقضى الخيار فإذا انقضى ملك المشترى بالعقد الأول.

و مقتضى هذا الكلام التسويه عنده بين البائع و المشترى فى عدم ثبوت الشفعه مع الخيار مطلقا،لعدم انتقال الملك إلى المشترى،و الشفعه متوقفه على ذلك كما اعترف به هو و غيره،الا أنه لما كان هذا القول لم يقل به غيره-مع موافقته فى باب الشفعه من الخلاف و المبسوط على ما قدمنا نقله عنه-لم يتحقق الخلاف فى المسأله زياده على ما قدمناه من التفصيل

الثانيه [استحقاق الشفيع لمجموع الشقص المشترك]

-لا يخفى أن مقتضى الأدله الداله على الشفعه،هو استحقاق الشفيع لمجموع الشقص المشترك إذا أخذه بالشفعه،و أن ذلك حقه شرعا،و حينئذ فهل له تبعيض حقه بأن يشفع فى بعضه و يترك بعضا أم لا؟ظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف هو الثانى،لما فى التبعيض من الإضرار بالمشترى،و لا يناسب بناء الأخذ بالشفعه الذى شرع لدفع الإضرار على الإضرار.

و الأظهر فى تعليل ذلك انما هو ما قدمناه من أن الأصل بمقتضى الأدله العقليه و النقليه كتابا و سنه هو عدم الأخذ بالشفعه،فيقتصر فى جواز الأخذ بها على ما قام عليه الدليل،و الاخبار الوارده بالشفعه على كثرتها و تعددها انما وردت باعتبار المجموع،و ما عداه تبقى صحته موقوفه على الدليل.

و مما فرعوه على ذلك أنه لو قال:أخذت نصف الشقص بناء على اعتبار وجوب الفوريه،بطلت شفعته،لأن المأخوذ لا تصح الشفعه فيه لما عرفت،و أما الباقى فإن ظهر منه إسقاط حقه منه فظاهر،و الا فقد حصل التراخى الموجب لفوات الفوريه،و حينئذ فتبطل الشفعه فى الجميع.

و ربما قيل بالصحه فى الجميع إذا وقعت الشفعه على الوجه المذكور نظرا

ص:٣١۶

الی أن أخذ البعض یستلزم أخذ الجمیع لعدم صحه أخذه وحده،و ضعفه ظاهر، لمنع الاستلزام،و جواز تعلق الغرض بالبعض خاصه.

الثالثه [أخذ المال بالثمن الذی وقع العقد علیه]

-مقتضی الأدله و به صرح الأصحاب أنه یأخذه بالثمن الذی وقع العقد علیه و ان کان قیمه الشقص المشفوع فی حد ذاته أکثر أو أقل و لا یلزمه ما یغرمه المشتری من المؤن کأجره الدلال و الوزان و نحو ذلک،و المراد من أخذه بالثمن یعنی مثله،لعدم إمکان الأخذ به نفسه غالبا.

الرابعه [لو کان قیمیا هل تصح الشفعه أم لا؟]

-یدفع الشفیع مثل الثمن لو کان الثمن مثلیا کالذهب و الفضه بلا خلاف،و انما الخلاف فیما لو کان قیمیا کالحیوان و الثوب و الجواهر و نحوها،فهل تصح الشفعه أم لا؟و قد تقدم نقل الخلاف المذکور فی الموضع الثالث من سابق هذا المقصد (۱)و ذکرنا أن الأقرب العدم،الا أن لشیخنا الشهید الثانی هنا فی المسالک کلاما یتضمن نصره القول بالصحه لم ننقله فیما سبق،و لا بأس بنقله، و بیان ما فیه.

قال بعد الطعن فی روایه ابن رئاب المتقدمه:و دلالته علی موضع النزاع ممنوعه،فان نفی الشفعه أعم من کونه بسبب کون الثمن قیمیا أو غیره،إذ لم یذکر أن فی الدار شریکا،فجاز نفی الشفعه لذلک عن الجار و غیره،أو بکونها غیر قابله للقسمه أو لغیر ذلک.

و بالجمله فإن المانع من الشفعه غیر مذکور و أسباب المنع کثیره فلا وجه لحمله علی المتنازع أصلا،و العجب مع ذلک من دعوی أنها نص فی الباب،مع أنها لیست من الظاهر فضلا عن النص انتهی.

أقول:لا یخفی علی المتدرب فی الصناعه،و المتأمل فی الاخبار بعین التدبر و الاعتبار أن الأجوبه فیها انما تخرج علی وفق ما یفهم من الاسؤله و ما یظهر منها.

و من الظاهر أن السؤال فی الروایه المشار إلیها انما أرید به من حیث الشراء

۱- ۱) ص ۳۰۸.

بـذلك الثمن،و أنه هـل يجوز الشـفعه إذا كان الشـراء بهـذا الثمن أم لا؟و لو كان المراد من السؤال معنى آخر من كون الـدار لا شريك فيها،و أن المراد نفى الشـفعه بالجوار لما كان لـذكر القيمه وجه بالكليه،و لكان حق السؤال التصـريح بـذلك،و أن يؤتى بعباره تؤدى هـذا المعنى،و الا فإن فهمه من عباره الخبر انما هو من قبيل التعميه،و الألغاز الـذى هو بعيـد عن الحقيقه بمراحل بل المجاز.

و بـالجمله فـإن غايه ما يتعلق به هنا هو إطلاق الشـفعه فى الـدار من غير تصـريح بكونها مشتركه،و مثل هـذا الإطلاق فى الاخبار أكثر كثير،اعتمـادا على قرائن الحـال وقت السؤال،كمـا لا ـ يخفى على النـاظر فيهـا،و سـياق السؤال فى الخبر المـذكور ظاهر فيما قلناه،و هو الذى فهمه من عداه من الأصحاب كالشيخ و العلامه و غيرهما.

و استدل جمله من الأصـحاب منهم العلامه فى المختلف على المنع أيضا بحسـنه هارون بن حمزه الغنوى المتقـدمه،بقوله فيها«و هو أحق بها من غيره بالثمن»و هو انما يتحقق فى المثلى،لأن الحقيقه غير مراده إجماعا،فيحمل على أقرب المجازات إلى الحقيقه و هو المثل.

ثم انه على تقـدير القـول بثبوت الشـفعه مع كون الثمن قيميـا فهـل المعتـبر قيمته وقت العقـد؟لا ـنه وقت اسـتحقاق الثمن،و العين متعـذره،فوجب الانتقال إلى القيمه، أو المعتبر وقت الأخـذ؟لوجوبه حينئذ على الشـفيع،فيعتبر قيمته وقت الوجوب بتعذر العين،أو يعتبر الأعلى من وقت العقد الى وقت الأخذ كالغاصب؟أقوال:

أضعفها الأخير و أشهرها الأول.

الخامسه [وجوب دفع الشقص المشفوع بعد الشفعه ما لم يدفع الشفيع الثمن]

-ظاهر متأخرى الأصـحاب أنه يجب على المشترى دفع الشـقص المشـفوع بعد الشـفعه ما لم يدفع الشـفيع الثمن،فاعتبروا هنا دفع الثمن أولا،و لم يعتبروا ذلك فى غير باب الشـفعه من المعاوضات كالبيع و غيره،بل صرحوا ثمه بوجوب التسليم على الجميع من غير أولويه تقدم أحدهما على الأخر.

قيل:و وجه الفرق بين الشفعه و غيرها لأن الشفعه معاوضه قهريه،أخذ العوض

فيها بغير رضا المشترى،فجبر وهن قهره بتسليم الثمن إليه أولا،بخلاف البيع،فان مبناه على الاختيار،فلم يكن أحد من المتبايعين أولى بالبدأه من الأخر.

قال شيخنا فى المسالك و نعم ما قال:و هذه فى الحقيقه عله مناسبه،لكن لا دلاله فى التعويض عليها،و إثباتها بمجرد ذلك لا يخلو من اشكال.

نعم اعتبرها العامه فى كتبهم و هى مناسبه على قواعدهم،و لو قيل هنا المعتبر التقابض كالبيع كان وجها انتهى.

و كيف كان فالظاهر أن الشفيع يملك الشقص بمجرد الشفعه،كما أن المشترى يملك المبيع بمجرد العقد،لكن هل يتم الملك بمجرد الأخذ القولى بدون تسليم الثمن،أم يتوقف على التقابض؟قولان:و على الأول هل يكون دفع الثمن جزءا من السبب للملك؟أم كاشفا عن حصول الملك بالأخذ القولى؟وجهان:و يظهر الفائده فى النماء المتخلل،و الأقرب أن الكلام هنا كما حققناه فى البيع من أن كلا منهما قد وجب عليه تسليم ما انتقل عنه الى صاحبه،و لا أولويه فى تقدم أحدهما على الآخر،و عدم دفع أحدهما لو أحل بما وجب عليه،لا يقتضى جواز التأخير للآخر مع وجوب الدفع عليه و الله العالم.

السادسه [وجوب الفوريه فى الشفعه]

-المشهور وجوب الفوريه فى الشفعه،و هو مذهب الشيخ فى النهايه و الخلاف و المبسوط،و به قال ابن البراج و ابن حمزه و الطبرسى و العلامه،و نقله فى المختلف عن والده،و ادعى الشيخ عليه الإجماع.

و قال السيد المرتضى(رضى الله عنه)أنها على التراخى،و لا تسقط إلا بالإسقاط، و ادعى عليه الإجماع،و به قال ابن الجنيد،و الشيخ على بن بابويه،و ابن إدريس، و ظاهر كلام أبى الصلاح،و بالأول قال الشهيدان فى اللمعه و شرحها،و المحقق فى الشرائع و غيرهم.

و ظاهر الشهيد الثانى فى المسالك التوقف فى المسأله،و فى الدروس بعد أن نقل أولا القول بالفوريه عن الشيخ و اتباعه،ثم نقل العدم عن المرتضى و من

تبعه،قال:و لم نظفر بنص قاطع من الجانبين،و لكن فی روایه علی بن مهزیار (۱)دلاله علی الفور مع اعتضادها بنفی الضرر عن المشتری،لأنه ان تصرف كان معرضا للنقص،و ان أهمل انتفت فائده الملك،الی أن قال:و الوجه الأول لما اشتهر من

قوله صلی الله علیه و آله (۲)

«الشفعه كحل عقال». أی إذا لم یبتدر فات كالبعیر یحل عقاله انتهی.

و ظاهر صدر كلامه التوقف فی المسأله،لعدم النص القاطع،و فی آخر كلامه جزم باختیار القول الأول،للخبر الذی ذكره مع أنه عامی كما صرح به الشهید الثانی فی الروضه،و هو كذلك فانا لم نقف علیه فی كتب أخبارنا.

احتج القائلون بالقول الأول بأن الأصل عدم الشفعه،و عدم التسلط علی ملك الغیر بغیر رضاه،فیفتقر فیها علی موضع الوفاق،و لأن التراخی فیها لا ینفك عن ضرر علی المشتری،فإنه لا یرغب فی عماره ملكه مع علمه بتزلزله،و انتقاله عنه فیؤدی إلی تعطیل حكمه ملكه،و ذلك ضرر عظیم.

و احتج فی المختلف أیضا علی ذلك بروایه علی بن مهزیار التی أشار إلیها فی الدروس بأن فیها دلاله ما،و هذه الروایه قد تقدمت فی صدر المقصد الثالث، قال بعد إیرادها،وجه الاستدلال أنه علیه السلام حكم ببطلان الشفعه بعد مضی ثلاثه أیام، و لو كان حق الشفعه ثابتا علی التراخی لم تبطل شفعته،بل كانت تثبت له متی حصل الثمن،لأنها تثبت كذلك و ان لم یطالب،فلا تؤثر المطالبه بها الذی هو أحد أسباب وجودها فی عدمها.

احتج الآخرون بالإجماع الذی ادعاه المرتضی،و بأن البیع سبب فی استحقاق الشفعه،و الأصل ثبوت الشیء علی ما كان عملا بالاستصحاب.

قال المرتضی(رضی الله عنه):و یقوی ذلك أن الحقوق فی أصول الشریعه و فی العقول أیضا لا تبطل بالإمساك عن طلبها،فكیف خرج حق الشفعه عن أصول

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۶۷.

۲- ۲) سنن ابن ماجه ج ۲ ص ۸۳۵ ط دار احیاء الكتب العربیه سته ۱۳۷۳.

الأحكام الشرعيه و العقليه،فإن من لم يطلب دينه أو وديعته لا يبطل حقه بالتغافل عن الطلب ثم أجاب عن الضرر على المشترى- الـذى احتـج به الأولون-بأنه يمكنه التحرز عن ذلك بأن يعرض المبيع على الشـفيع،و يبذل تسـليمه اليه،فاما أن يتسـلم،أو يترك الشـفعه،فيزول الضـرر على المشترى،فان لم يفعل المشترى ذلك كان التفريط من قبله،ثم أطال كما عادته هى(قـدس سـره)بأدله أخرى أيضا،و أجاب فى المختلف عن ذلك بما يطول بنقله الكلام.

و التحقيق أن المسأله لعدم النص الواضح محل اشـكال،و ان كان القول الأول لاعتضاده بالأصل الذى قدمنا ذكره فى غير موضع مما تقدم،مع اعتضاده بالاحتياط الذى هو واجب فى موضع الاشتباه الذى منه خلو المسأله من الدليل لا يخلو من قرب.

و أما اسـتدلال العلامه على هـذا القول بروايه على بن مهزيار بالتقريب الـذى ذكره،فيمكن معارضـته بأنه لو كانت الفوريه واجبه لما رخص فى التأخير ثلاثه أيام ايضا.

السابعه- [بطلان الشفعه] حيث تعتبر الفوريه [و أهمل مع العلم]

فإذا علم و أهمل مختارا بطلت شـفعته،و يعـذر جاهل الفوريه كما يعذر جاهل الشـفعه،و يقبل دعوى الجهل ممن يمكن فى حقه عاده و كذا لا يقدح فيها تأخيره لعذر يمنع المباشره أو التوكيل.

و من الأعذار التى صـرح بها الأصحاب فى هذا الباب ما لو ترک لتوهمه كثره الثمن لاماره أوجبته،كاخبار مخبر ثم ظهر كذبه و نحو ذلک،لا مجرد الاحتمال،فإن الشـفعه باقيه الى حين العلم بالحال،فتصـير فوريه على القول بها و انما كان ذلک عذرا،لأن قله الثمن مقصوده فى المعاوضه،و مثله ما لو أعتقـده ذهبا فبان فضه،أو حيوانا فبان قماشا،و نحو ذلک،فإن الأغراض قد يتعلق بجنس دون آخر لسهولته، و كذا لو كان محبوسا بحق عاجز عنه،بخلاف ما لو كان قادرا،فان التقصير من

من قبله (۱)و أولى منه الحبس بظلم،لكن الظاهر أنه يشترط فى هذين (۲)عجزه عن الوكاله.

ثم انه ينبغى أن يعلم أن وجوب المبادره على تقدير الفوريه ليس المبادره بكل وجه ممكن،بل المرجع فيه الى العاده و العرف،فيكفى مشيه إلى المشترى لأخذ الشفعه بالمعتاد و ان قدر على الزياده،و انتظار الصبح لو علم ليلا،و لا يمنع من ذلك أيضا الصلاه إذا حضر وقتها،و كذا مقدماتها و متعلقاتها الواجبه و المندوبه.

و منها انتظار الجماعه،و انتظار زوال الحر و البرد المانعين،و الخروج من الحمام لو علم فيه بعد قضاء وطره،و تحرى الرفقه حيث يكون الطريق مخوفا و المشترى فى غير البلد،و السلام على المشترى بعد الدخول عليه بل التحيه المعتاده و نحو ذلك.هذا كله مع غيبه المشترى عنه فى حال العلم،أما مع حضوره فلا يعد شيء من هذه عذرا،لان قوله أخذت بالشفعه لا ينافى شيئا من ذلك.

الثامنه [عدم سقوط الشفعه بتقابل المتبايعين]

-قد صرح الأصحاب رضوان الله عليهم،من غير خلاف يعرف أنه لا تسقط الشفعه بتقابل المتبايعين (۳)،لان استحقاق الشفعه قد حصل بالعقد،فحق الشفيع متقدم،نعم لو عفى الشفيع سقطت الشفعه من جهه الشراء،و هل يتجدد بالإقاله بناء على انها بيع مطلقا أو فى حق الشفيع؟الأشهر الأظهر العدم،لعدم كون الإقاله بيعا،و انما هى فسخ كما تقدم تحقيقه فى بعض نكت الفصل الثانى عشر من كتاب البيع.

و لو قلنا بأنها بيع أخذ الشقص من البائع بعد الشفعه،ثم انه ان حصل التقايل

۱- ۱) و انما كان التقصير من قبله لانه يجب عليه دفعه الثمن ليخلص من الحبس المانع من تعجيل المطالبه.منه رحمه الله.

۲- ۲) يعنى من الحبس بحق هو عاجز عنه منه رحمه الله.

۳- ۳) بل الظاهر أنه لا خلاف فيه منه رحمه الله.

قبل علم الشـفيع بالشـفعه لم تسقط بالإقاله، (١)لما عرفت من سـبق حق الشـفيع فله فسـخ الإقاله،و الأخذ من المشترى على قاعده الشـفعه،و دركه على المشترى كما لو يكن ثمه إقاله،فان دركـ المشفوع فى جميع أفراد الشفعه على المشترى،فلو ظهر استحقاق الشـقص رجع عليه بـالثمن و غيره ممـا يغرمه،و لو كـان المشترى لم يقبضه من البـائع لم يكلف أخـذه منه ثم إقباضه الشـفيع بل الشفيع يقبضه من البائع، لانتقال الحق إليه فقبضه كقبض المشترى.

و على كل حال فيبقى الدرك على المشترى،و كما لا تسـقط الشـفعه بالتقايل، فكذا لا تسـقط ببيع المشترى،و لا وقفه و لا جعله مسـجدا،و لا نحو ذلك من تصـرفاته،لأنها و ان كانت صحيحه من حيث أن المشفوع ملكه،لكن لا يبطل ذلك حق الشفيع لسبقه على هذه التصرفات فمتى أخذ بالشفعه بطل ما سبقها من التصرفات.

بقى الكلام فى أن تصـرف المشترى ان كـان ممـا تثبت فيه الشـفعه كالبيع، فالظاهر من كلامهم أنه يتخير الشـفيع بين أخـذه من المشترى الأول أو الثانى أو الثالث،و هكذا لو تعدد،لان كل واحد من البيوع المتعدده سبب تام فى ثبوت الشفعه.

ثم ان أخذ الشـفيع بالشـراء الأول وقع الثمن الأول و بطل المتأخر مطلقا، و ان أخذ بالشراء الأخير أخذها بثمنه،و صح السابق عليه مطلقا،لان الرضا به يستلزم الرضا بما سبق عليه.و ان أخذ من المتوسط أخذ بثمنه،و صح ما تقدمه، و بطل ما تأخر عنه.

و ان كان التصـرف مما لا تثبت فيه الشـفعه،كالوقف و الهبه و الإجاره فللشـفيع نقضه و أخذ الشـقص بالشفعه،لسبق حقه،و الثمن فى الهبه للواهب لازمه كانت أو

١- ١) لأنه فى صوره الإقاله صار مشتريا،فان بالإقاله على تقدير كونها بيعا يصير المشترى بائعا و البائع مشتريا منه رحمه الله.

جائزه،و المتصدق،و لا خلاف عندهم فی هذه الأحکام،و انما نقلوا الخلاف فی بعضها عن بعض العامه حیث صرحوا بصحه التصرف بالبیع و الوقف و نحوهما، و أبطلوا الشفعه بعض آخر منهم حیث حکموا ببطلان التصرف المشتری و الله العالم

التاسعه [حکم ما لو انهدم البیت أو عاب]

-قالوا:لو انهدم البیت أو عاب فهنا صور،أحدها أن یکون ذلک بفعل المشتری قبل مطالبه الشفیع بالشفعه،و لا یحصل معه (۱)تلف شیء من العین،و المشهور أن للشفیع الخیار بین الأخذ بکل الثمن أو الترک،لأن المشتری إنما تصرف فی ملکه تصرفا سائغا،فلا یکون مضمونا علیه.

و العائب (۲)لا یقابل بشیء من الثمن فلا یستحق الشفیع فی مقابلته شیئا کما لو تعیب فی ید البائع،فإن المشتری یتخیر بین الفسخ،و بین الأخذ بمجموع الثمن،و قیل بضمانه علی المشتری،لأن حق الشفیع قد تعلق به بمجرد البیع و ان لم یطالب،و المطالبه إنما تفیده تأکیدا کما تضمن الراهن الرهن إذا جنی علیه.

و ثانیها-أن یکون ذلک بفعل المشتری بعد المطالبه بالشفعه،و المشهور أنه یضمن النقص بمعنی سقوط ما قابله من الثمن،لان الشفیع قد استحق أخذ المبیع کاملا بالمطالبه،و تعلق حقه به،فإذا نقص بفعل المشتری ضمنه له.

و قیل:بعدم الضمان،و هو ظاهر الشیخ فی المبسوط استنادا الی ان الشفیع

۱- ۱) و انما هو مثل شق الجدار،و افک الجذع و نحو ذلک،أما لو تضمن تلف شیء من العین فإنه یضمن بحصته من الثمن لو اختار الشفیع الأخذ بالشفعه،لأن الثمن فی مقابله العین،فإذا تلف منها شیء سقط من الثمن بنسبه التالف فیضمنه المشتری حینئذ-منه رحمه الله.

۲- ۲) قوله و العائب لا یقابل بشیء من الثمن،کأنه جواب عن سؤال مقدر بأن یقال:ان الشفیع یأخذه بالشفعه،و لکن ینقص من الثمن ما قابل العائب،و أجاب بأن الثمن انما جعل فی مقابله الصحیح دون العائب،و لهذا لو بقیت فی ید البائع تخیر المشتری بین الفسخ و الأخذ بالثمن کملا،دون أخذ الصحیح بما یلحقه من الثمن کما ذکرناه-منه رحمه الله.

لا یملک بالمطالبه بل یملک الأخذ فیکون المشتری قد تصرف فی ملکه تصرفا سائغا، فلا یتعقبه الضمان،و رد بأن التصرف فی الملک لا ینافی ضمانه کتصرف الراهن، و هذا منه لاشتراکهما فی تعلق حق العین.

و ثالثها-أن یکون ذلک بفعل غیره،سواء کان قد طالب الشفیع أم لا،فإنه یتخیر الشفیع بین الأخذ بمجموع الثمن،و الترک،لانه لا تقصیر من المشتری، و لا تصرف حال استحقاق الغیر،و وجه الضمان المذکور فی الصوره الأولی آت هنا،الا أنه هنا أضعف باعتبار أن العیب بغیر فعل المشتری.

أقول:و قد ورد فی هذه الصوره ما یدل علی ما ذکروه،و هو ما رواه

الشیخ فی التهذیب فی الصحیح عن الحسن بن محبوب (۱)عن رجل قال:

«کتبت الی الفقیه علیه السلام فی رجل اشتری من رجل نصف دار مشاعا غیر مقسوم،و کان شریکه الذی له النصف الأخر غائبا،فلما قبضها و تحول عنها تهدمت الدار و جاء سیل جارف و هدمها و ذهب بها،فجاء شریکه الغائب فطلب الشفعه من هذا فأعطاه الشفعه علی أن یعطیه ماله کملا الذی نقد فی ثمنها فقال له:ضع عنی قیمه البناء،فان البناء قد تهدم و ذهب به السیل،ما الذی یجب فی ذلک؟فوقع علیه السلام لیس له الا الشراء و البیع الأول إنشاء الله». و ما تقدم فی الصورتین السابقتین من القول المشهور فیهما و ان لم یرد به نص،الا أنه موافق للقواعد الشرعیه و الله العالم.

العاشره [الخلاف فی أن الشفعه هل تورث أم لا؟]

-اختلف الأصحاب فی أن الشفعه هل تورث أم لا؟فقال:الأکثر منهم الشیخ المفید و السید المرتضی(رضی الله عنهما)انها تورث کالأموال،و به قال ابن الجنید،و قال الشیخ فی النهایه و الخلاف أنها لا تورث،و به قال ابن البراج و الطبرسی و ابن حمزه.

و للشیخ قول آخر فی کتاب البیوع من الخلاف یدل علی انها تورث حیث قال:خیار الثلاثه موروث،و کذا إذا مات الشفیع قبل الأخذ بالشفعه قام وارثه

۱- ۱) التهذیب ج ۷ ص ۱۹۲.

مقامه،و هو اختيار ابن إدريس و العلامه فی المختلف و هو المشهور بين المتأخرين و به صرح فی المسالک،و احتجوا علی ذلک بآيات الإرث (۱)الداله علی إرث ما ترک (۲)و حق الشفعه من جمله المتروکات کما دخل فيه الخيار الثابت بالمورث بالإجماع،و الشفعه فی معنی الخيار ثبتت لدفع الضرر،و احتج فی المسالک ايضا بقوله (۳)صلی الله عليه و آله ما ترک الميت من حق فهو لوارثه»قال:و هی أوضح دلاله من الايه.

احتج الشيخ بما رواه

فی التهذيب عن طلحه بن زيد (۴)عن جعفر عن أبيه عن علی عليهم السلام فی حديث قال:

«لا تورث الشفعه». و احتج أيضا بأن ملک الوارث متجدد علی الشراء فلا يستحق شفعه،و أجيب عن الروايه بضعف السند و أن طلحه بتری، و عن الثانی بأن الوارث يأخذ ما استحقه مورثه و حقه،فلا يقدح تجدد ملکه.

أقول:و المسأله لا يخلو من توقف،فان ثبت الحديث النبوی الذی رواه فی المسالک من طرقنا فإنه لا يحضرنی الان ذلک،فالقول الأول أصح،و الا فالمسأله محل إشکال،لمعارضه الأدله المذکوره لروايه طلحه،و ردها بضعف السند جيد

۱- ۱) سوره النساء الآيه ۱۱-۱۴-۱۷۶.

۲- ۲) و اما الآيات فإن إطلاقها يحمل علی الافراد الشائعه المتکرره،لما تقرر عندهم فی أمثال هذه المواضع،دون الأفراد الشاذه النادره،و من الظاهر ان الافراد المتکرره انما هی أعيان الأموال دون الحقوق،و أما الشفعه فی الخيار فان ثبت بدليل شرعی- فوجوب العمل بها فيه-لا يقتضی حمل غيره عليه،فإنه قياس محض،و الاشتراک فی العله المذکوره لا يوجب ذلک،مع أنها غير منصوصه،و بالجمله فإن باب المناقشه فی ذلک غير منسد،و يظهر من المحقق الأردبيلی الميل الی القول بالعدم،من حيث عدم الدليل الواضح علی القول المشهور،قال:إذ شمول آيه الإرث لها غير ظاهر، و هو مؤيد لما ذکرناه بالنسبه إلی استدلالهم بآيات الميراث و الله العالم منه رحمه الله.

۳- ۳) ما اثرنا علی هذه الروايه بعد الفحص فی مظانها.

۴- ۴) التهذيب ج ۷ ص ۱۶۷.

على الاصطلاح المحدث،و اما على طريقه القدماء و المحدثين فلا،فتبقى المعارضه بينها و بين ما ذكر من الأدله المشار إليها،مع ما يتطرق إلى الأدله المشار إليها من المناقشه،و إمكان تأييد روايه طلحه المذكوره بما قدمناه من أن مقتضى الأدله العقليه و النقليه عدم جواز الشفعه إلا ما دل عليه دليل واضح.

ثم أنها على تقدير القول المشهور لو مات و خلف زوجه (۱)و ابنا قال الشيخ فى المبسوط تفريعا على هذا القول:ان الإرث على فريضه الله فللزوجه الثمن، و قيل:انه كذلك على رأى من يقول الشفعه فى صوره الكثره على قدر السهام، أما من يقول بأنها على عدد الرؤس،فإنه يجعلها فى المثال المذكور نصفين بين الزوجه و الولد،كما يظهر من المبسوط أيضا،فحينئذ تصير المسأله خلافيه،و قد تقدم نقل الخلاف المذكور بالنسبه إلى الشفعه مع الكثره فى آخر المقصد الثانى، و الأظهر كما صرح به الأكثر أنها هنا على تقدير القول المذكور على قدر السهام و ان لم نقل به فى كثره الشركاء،لظهور الفرق بين الموضعين،لان كل واحد من الورثه لا يستحق الشفعه باعتبار نفسه،بل باعتبار مورثه،و مورثه مستحق للجميع، و قد انتقل عنه الى ورثته فيجب أن يثبت لهم على حد الإرث،فهم بالإرث يأخذون لا بالشركه،و لهذا أثبتها هنا من لم يثبت الشفعه مع الشركه،و المراد بحق الشفعه الذى هو محل البحث هو مجرد استحقاق الشفعه،و ان لم يأخذ بها الشفيع قبل موته، فان لوارثه أن يأخذ بها كما هو صريح عباره الشيخ المتقدم نقلها من كتاب الخلاف، و بطريق الاولى ما لو أخذ بها قبل الموت و لكن لم يقبض و لم يتصرف.

قالوا:و لو عفى أحد الورثه عن نصيبه من الشفعه لم يسقط الشفعه،لأن

۱- ۱) قال فى المسالك:و خص المثال بالزوجه لدفع توهم أنها لا تورث من الشفعه من حيث أنها ممتنع فى الجمله من بعض المتروكات،أقول:هذا المثال قد ذكره الشيخ فى المبسوط و تبعه الجماعه فى التمثيل به،و شيخنا المذكور ذكر وجه النكته فى اختياره دون غيره من أمثله الميراث-منه رحمه الله.

الحق للجميع فلا يسقط حق واحد بترك غيره،و كان لمن لم يعف أن يأخذ الجميع، لانه لا يجوز تبعيض الصفقه على المشترى،فالمستحق اما أن يأخذ الجميع أو يتركه.

قيل:و يحتمل هنا سقوط حق الآخر بعفو صاحبه و ان لم نقل بذلك فى الشريكين،لان الوارث يقوم مقام المورث،فعفوه عن نصيبه كعفو المورث عن البعض،فيسقط الباقى.

و رد بأن الشركاء،فى الإرث يصيرون بمنزله الشركاء فى أصل الشفعه،لأنها شفعه واحده بين الشركاء سواء كان بالإرث أو بالشركه،و لا يسقط من البعض بعفو البعض،بخلاف عفو المورث عن بعض نصيبه،فان حقه فى المجموع من حيث هو مجموع لا فى الأبعاض،فعفوه عن بعض حقه كعفوه عن جميعه.

و ظاهر المحقق الأردبيلى«قدس سره»المناقشه فى أصل هذا الحكم، حيث قال:و لو ترك بعضهم و عفى لم يسقط حق الباقين،بل لهم الأخذ،و لكن أخذ الجميع أو الترك،و ليس لهم أخذ حصتهم فقط،للزوم التشقيص و التبعيض الممنوع منه عندهم فتأمل،فإن الأصل و الاستصحاب يقتضى جواز أخذ الحصه فقط، و لعل عدم التبعيض مجمع عليه،و الا فالقول به متوجه انتهى.

و بالجمله فالمسأله لعدم النص الواضح فى أصلها محل اشكال كما عرفت، و فى فروعها أشكل و الله العالم.

الحاديه عشر [حكم ما لو حمل النحل بعد الابتياع فأخذه الشفيع قبل التأبير]

-لو حمل النحل بعد الابتياع فأخذه الشفيع قبل التأبير قال الشيخ:الطلع للشفيع،لانه بحكم السعف،و لانه يتبع الأصل فى البيع،فكذا هنا، لأن المقتضى للتبعيه هناك ليس الا كونه جزءا من المسمى،و رده المتأخرون بأن هذا الحكم مختص بالبيع،وقوفا على مورد النص،فإلحاق غيره به قياس، و كونه بحكم السعف ممنوع،و كذا دعواه كونه جزءا من المسمى،و المقتضى فى البيع انما هو النص.

و ظاهرهم أنه لا خلاف فى أن الثمره إذا ظهرت فى ملك المشترى قبل الأخذ

بالشفعه يكون للمشترى و ان بقيت على الشجره،لأنها بحكم المنفصل،و منه ثمره النخل بعد التأبير،أما قبله فقد عرفت خلاف الشيخ فى ذلك،فيكون هذا الفرد مستثنى من الإجماع المشار اليه.

و الحق كما عرفته-أن حكمها بالنسبه إلى الشفعه قبل التأبير كحكمها بعده فى كونها للمشترى غير داخله فى الشفعه،و على هذا فيكون الطلع غير مؤبر وقت الشراء للمشترى،فإن أخذه الشفيع و هو بتلك الحال بقى للمشترى،كما لو أخذه بعد التأبير،و يكون البيع فى هذه الصوره بمنزله ما إذا ضم غير المشفوع،فيأخذ الشفيع المشفوع و هو غير الثمره بحصته من الثمن،و طريقه كما تقدم فى غير موضع أن تقوم المجموع،ثم يقوم الثمره و تنسب قيمتها الى المجموع،و يسقط من الثمن بتلك النسبه.

الثانيه عشر [إذا باع الشريک الذى له الشفعه نصيبه من المال المشترک قبل الأخذ بالشفعه]

اشاره

-قد صرح الأصحاب«رضوان الله عليهم»،بأنه إذا باع الشريك الذى له الشفعه نصيبه من المال المشترك قبل الأخذ بالشفعه فهنا صورتان

الاولى- أن يكون بيعه بعد العلم بالشفعه

،و حصول شرائطها و شرائط فوريتها على تقدير القول بالفوريه،و لا إشكال فى بطلان شفعته،أما على تقدير الفوريه فلفواتها بالاشتغال بالبيع،لانه مخل بالفوريه،و أما على تقدير عدم الفوريه،فلان السبب فى استحقاق الشفعه الملك،و قد زال فيزول معلوله.

الثانيه أن يكون قبل العلم بالشفعه

،و مثله أيضا ما لو كان قبل ثبوت الفوريه فيها لما تقدم من الاعذار،كعدم العلم بقدر الثمن،أو جهله بالفوريه أو نحو ذلك،فباع و الحال هذه ففى بقائها مطلقا،أو زوالها مطلقا،أو التفصيل أقوال:

أحدها ما اختاره المحقق فى الشرائع من بقائها مطلقا،لان الاستحقاق ثبت بالشراء سابقا على بيعه،فيستصحب لأصاله عدم السقوط،و لقيام السبب المقتضى له، و هو الشراء،فيجب أن يحصل المسبب.

و بهذا القول صرح الشيخ فى المبسوط أيضا،حيث قال:الاولى ثبوت الشفعه،لأنها وجبت له أولا و لم يوجد سبب إسقاطها و الأصل بقاؤها.

و ثانيها سقوطها،و هو اختيار العلامه و جمع من الأصحاب،و عللوه بأن السبب فى جواز الأخذ ليس هو الشراء وحده،بل هو مع الشركه،و قد زال أحد جزئى السبب فتزول،و لا يكفى وجودها حال الشراء،بل لا بد من وجودها حال الأخذ بالشفعه،

لقوله عليه السلام

«لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم». فلو أثبتنا له الشفعه بعد البيع،لاثبتناها لغير شريك مقاسم،و الجهل مع انتفاع السبب لا أثر له.

و ثالثها-التفصيل بالجهل بالشفعه حال البيع،و العلم،فتثبت فى الأول دون الثانى،و هو منقول عن الشيخ رحمه الله،لان البيع بعد العلم يؤذن بالإعراض عنها،كما لو بارك،بخلاف ما إذا لم يعلم،فإنه معذور:و أجيب بأن الجهل لا أثر له إذا انتفى السبب،لان خطاب الوضع لا يتفاوت الأمر فيه بالعلم و الجهل.

أقول:و المسأله لعدم النص لا يخلو من توقف،الا أن الأظهر بحسب هذه التعليلات و قربها و بعدها من القواعد الشرعيه هو القول الثانى من هذه الأقوال الثلاثه.

أما الأول-فقد علم جوابه من دليل القول الثانى،و يزيده تأكيدا أن ما استند اليه من الاستصحاب و هو الذى عبر عنه فى المبسوط بالأصل،فقال:و الأصل بقاؤها مردود بما حققناه فى مقدمات الكتاب فى جلد كتاب الطهاره من عدم ثبوت حجيه هذا الاستصحاب.

و اما الثالث-فلما سمعت من الجواب عن دليله،و الى ما ذكرناه من القول الثانى يميل كلامه فى المسالك أيضا،حيث قال-بعد ذكر الأقوال الثلاثه على الترتيب الذى ذكرناه-:و القول الوسط لا يخلو من قوه انتهى و الله العالم.

الثالثه عشر [حكم ما لو عرض البائع الشيء على صاحب الشفعه فلم يرده فباعه من غيره]

-لو عرض البائع الشيء على صاحب الشفعه بثمن معلوم فلم يرده فباعه من غيره بذلك الثمن أو زائدا عليه،فهل يكون لصاحب الشفعه المطالبه بها أم لا؟قولان:و بالثانى قال الشيخان و ابن حمزه،و بالأول قال ابن إدريس،و احتج الشيخان-على ما نقله فى المختلف-بأن الشفعه تثبت فى موضع الاتفاق على خلاف الأصل،لكونه أخذ ملك المشترى من غير رضاه،و يجبر على المعاوضه،لدخوله مع البائع فى العقد الذى أساء فيه بإدخال الضرر على شريكه،و ترك الإحسان إليه

فی عرضه الیه،و هـذا المعنی معدوم هنا،فإنه قد عرضه علیه،فامتناعه من أخذه دلیل علی عدم الضـرر فی حقه ببیعه،و ان کان فیه ضرر،فهو الذی أدخله علی نفسه کما لو أخر المطالبه.انتهی.

و احتج ابن إدریس بأنه انما یسـتحق المطالبه بعد البیع،و لا حق له قبل البیع فإذا عفی قبله،فما عفی عن شـیء یستحقه،فله إذا باع شریکه أخذ الشفعه،لأنه تجدد له حق،و لا دلیل علی إسقاطه،و قبل البیع لم یسقط شیئا،و کذا لو قال الشفیع للمشتری:

اشتر نصیب شریکی،فقد نزلت عن الشفعه و ترکتها،ثم اشتری المشتری ذلک علی هذا،لا تسقط شفعته بذلک،و له المطالبه،لأنه انما یسـتحق الشفعه بعد العقد،فإذا عفی قبل ذلک لم یصح،لانه قد عفی عما لم یجب له و لا یملکه،فلا یسقط حقه حین وجوبه، و کـذا الورثه إذا عفوا عمـا زاد علی الثلث فی الوصـیه قبـل موت الموصـی،ثم مـات بعـد ذلـک،فلهم الرجوع لمثـل ما قلناه علی الصحیح من المذهب انتهی.

و الی هذا ذهب ابن الجنید أیضا فقال:و کما ان الشـفعه لا تجب الا بعد صحه البیع و تمامه،فکذلک لا یکون ترک الشفیع إیاها قبل البیع مبطلا لما وجب له منها بعد البیع،و العلامه فی المختلف بعد أن نقل کلامی ابن إدریس و ابن الجنید قال:

و هو المختار،لنا أنه إسقاط حق قبل ثبوته،فلا یصح کما لو أبرأه عما لم یجب له، أو أسقطت المرأه صداقها قبل التزویج،ثم نقل بعد هذا احتجاج الشیخین بما قدمنا نقله عنهما،و قال:و فیه قوه،و هو ظاهر فی تردده فی المسأله.

و ظاهر شـیخنا الشهید الثانی فی المسالک ترجیح مذهب ابن إدریس للوجه الذی ذکره،و الظاهر أنه الأقرب نظرا الی عموم أدله الشفعه،و أن الاسقاط قبل ثبوت الشفعه غیر مؤثر فی المنع،و الا لصح ذلک فی غیر هذا الحق من الحقوق،مع أنهم لا یقولون به.

و ظاهر المحقق الأردبیلی قـدس سـره،المیل الی مذهب الشـیخین،لکن لا لما تقدم فی الاحتجاج المنقول عنهما،بل من حیث أن هذا وعد،و الأدله داله علی وجوب

الوفاء بالوعد،قال:و لو لا خوف خرق الإجماع (۱)لكان القول بوجوب الإيفاء-كما هو قول بعض العامه-متوجها،فالقول به هنا غير بعيد،لعدم الإجماع على خلافه، الى أن قال:و أما دليل القول بعدم البطلان فهو أنه إسقاط لما ليس له،فهو مثل إبراء عما لم يكن فى الذمه،و يمكن أن يقال:ليس هذا إبراء و إسقاط،بل قول و وعد و شرط،و مخالفته قبيحه عقلا و شرعا،و انه غدر و إغراء و ليس من صفات المؤمن انتهى.

و ظاهر شيخنا الشهيد فى شرح نكت الإرشاد الميل أيضا الى مذهب الشيخين، قال:لأن الشفعه وضعت لازاله الضرر،و نزوله عنها يؤذن بعدم الضرر،و لما

روى عن النبى صلى الله عليه و آله (۲)أنه قال:

«لا يحل أن يبيع حتى يستأذن شريكه،فان باع و لم يؤذن فهو أحق به». علق الاستحقاق على عدم الاستيذان،فلا يثبت معه و النزول، أما بعد الاستيذان فالظاهر سقوط الشفعه،و أما قبله فكذلك إذ لا يبقى للاستيذان معنى معقول،و لا نسلم ان ذلك من باب الاسقاط،فيتوقف على تحقق الاستحقاق كالدين انتهى.

و المحقق الأردبيلى بعد ذكر ما قدمنا نقله عنه اعتضد أيضا بهذا الكلام،و لم ينكر منه شيئا،و ظاهره الموافقه على صحه الحديث المذكور،حيث قال:و دلالته

۱- ۱) ظاهر كلامه(قدس سره)ان الأصحاب ادعوا الإجماع على عدم وجوب الوفاء بالوعد،و الا لم يمنعه من القول بالوجوب الا ذلك،و فيه ما حققناه فى غير موضع من مؤلفاتنا و به صرح جمع من المحققين منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك من أن ذلك غير مانع متى قام الدليل على الحكم،لما علم من إجماعاتهم المدعاه فى غير موضع،و هو قد اعترف فيما تركنا نقله من كلامه بأن الأدله على وجوب الوفاء بالوعد كثيره،و الأدله داله على وجوب الوفاء بالشروط فالخروج منها بمجرد ما ذكره مجازفه ظاهره-منه رحمه الله.

۲- ۲) المستدرک ج ۳ ص ۱۴۷.

ظاهره على السقوط بعد الاستيذان،و أنت خبير بأنا لم نقف على هذا الخبر فى كتب أخبارنا،و الظاهر أنه عامى و سيما شيخنا المذكور كثيرا ما يستسلفون الأخبار العاميه و يستدلون بها فى أمثال هذه المقامات الخاليه من الاخبار المعصوميه، و لو صح الخبر المذكور لما كان عنه معدل لدلالته بالمفهوم الشرطى الذى هو حجه صحيحه كما أوضحناه فى صدر كتاب الطهاره على ما يدعونه،و لكن الأمر كما ترى و أما منعه أن ذلك من باب الاسقاط،فليس بعده الا ان يكون من قبيل الوعد، كما ذكره المحقق المتقدم ذكره،و تعليله الأول،و قوله فيه«و نزوله عنها يؤذن بعدم الضرر»انما يناسب الاسقاط،لا الوعد،لان المراد بنزوله عنها معنى تركه لها، قال فى كتاب المصباح المنير:و نزلت عن الحق تركته،على أنه متى لم يكن من باب الاسقاط كما ذكره،فالحق باق لا مزيل له،و مجرد عدم إرادته بعد العرض عليه لا يوجب منع الإراده بعد تحقق حقه و استحقاقه الشفعه بالبيع.

و أما دعوى كونه وعدا و شرطا كما ذكره المحقق المشار اليه و استدل بأدله وجوب الوفاء بالوعد و الشرط فظنى بعده،و ان أمكن احتماله على بعد باعتبار حصوله ذلك من هذا الكلام ضمنا،فإن غايه الأمر أنه عرض عليه الشراء فامتنع منه و لم يرده و هذا لا يسمى بحسب العرف وعدا إلا بتأويل و تمحل.

و بالجمله فالمسأله لخلوها عن النص محل اشكال كغيرها من الفروع المذكوره، و ان كان القول بما ذهب اليه ابن إدريس و من تبعه أقرب لما عرفت.و الله العالم.

الرابعه عشر [الخلاف فى الأخذ بالشفعه فيما لو كان الثمن مؤجلا]

-اختلف الأصحاب فيما لو كان الثمن مؤجلا فالمشهور أنه يأخذ بالشفعه عاجلا بالثمن المؤجل الذى وقع عليه العقد،فان العقد انما وقع على المؤجل و هو قول الشيخ المفيد و ابن البراج و ابن إدريس،و به قال الشيخ فى النهايه،و زاد أنه ان لم يكن الشفيع مليا الزم بإقامه كفيل يضمنه.

و قال فى الخلاف و المبسوط:انه يتخير الشفيع بين أخذه بالثمن حالا و بين التأخير إلى حلول الأجل و أخذه بثمن حال،و نقل فى الكتابين ما ذكره فى النهايه قولا عن بعض أصحابنا.

و قال فی الخلاف-بعد نقله و قد ذكرناه فی النهایه-:و هو قوی و بهذا القول الثانی قال ابن الجنید و الطبرسی علی ما نقله فی المختلف،و الأقرب هو الأول بناء علی القول بالفوریه،كما هو المشهور عندهم،و قد تقدم تحقیق الكلام فیه.

و توضیحه أن الشفیع بمنزله المشتری یأخذ بالثمن الذی أخذ به المشتری،و لیس له أكثر من حقه قدرا و أجلا،علی أنه قد تقرر أن للأجل قسطا من الثمن،فلو أخذ بالثمن حالا فی الصوره المذكوره للزم الزیاده فی الثمن المأخوذ به علی أصل الثمن الذی وقع به الشراء.

و به یظهر أن القول الثانی یستلزم أحد محذورین،اما إسقاط الشفعه بعد ثبوتها ان أخر إلی حلول الأجل للإخلال بالفوریه المستلزم لبطلانها،أو زیاده وصف فی الثمن ان أخذ بالشفعه،و عجل بالثمن،لان تعجیله زیاده وصف فیه من غیر موجب،بل یستلزم زیاده الثمن،لما عرفت من أن التأجیل له قسط من الثمن، فلیرم زیاده الثمن علی الأصل،و یتفرع علی هذا القول أنه لو مات المشتری حل علیه الثمن،و بقی الشفیع علی التخییر الثابت له أولا،فإن شاء عجل،و ان شاء أخر إلی حلول الأجل.

احتج الشیخ علی ما ذهب إلیه فی الخلاف و المبسوط بأن الشفعه قد وجبت بنفس الشراء و الذمم لا تتساوی فوجب علیه الثمن حالا ـ أو یصبر الی وقت الحلول فیطالب بالشفعه مع الثمن،و أجیب عنه بأنه لا یلزم من عدم تساوی الذمم،ثبوت أحد الأمرین المذكورین لإمكان التخلص بالضمین،اما مطلقا كما یظهر من العلامه فی المختلف،أو مع عدم الملاءه.

أقول:و أشار إلیه الشیخ فیما قدمنا من عبارته فی النهایه بقوله ان لم یكن الشفیع ملیا الزم بإقامه كفیل.

الخامسه عشر-إذا اختلف المشتری و الشفیع فی القیمه بعد الاتفاق فی الشراء

،فقال المشتری:اشتریت بمأه،و قال الشفیع:بل بخمسین،فان لم یكن بینه لأحدهما فالظاهر من كلام أكثر الأصحاب أن القول قول المشتری مع یمینه،

و به صرح الشيخ فى النهايه و الشيخ المفيد و أبو الصلاح و ابن إدريس.

قال فى المختلف:و هو جيد،لانه العاقد فهو أعرف بالثمن،و لان الشقص ملكه،فلا ينزع منه بالدعوى بغير بينه،و ظاهر شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك الخلاف فى ذلك،قال:لان النزاع ليس فى العقد،لاتفاقهما معا على وقوعه صحيحا،و استحقاق الشفعه به،و انما نزاعهما فى القدر الواجب على الشفيع دفعه من الثمن،فالمشترى يدعى زيادته عما يدعيه،و الشفيع ينكره،فيكون المشترى هو المدعى و الشفيع هو المنكر،فيدخل فى عموم اليمين على من أنكر انتهى.

و هو جيد.

و أما مع البينه قال فى المسالك:فان كان من الشفيع على ما يدعيه قبلت،بناء على أنه خارج،و قد تقدم قول المشترى فيكون البينه بينه الأخر،فإن كانت من المشترى قيل:أفادت اندفاع اليمين عنه،و ان كان فى دفع اليمين عن المنكر بالبينه فى غير هذه الصوره تردد،و الفرق أنه يدعى دعوى محضه،و قد أقام بها بينه فتكون مسموعه،و يشكل بأن جعله مدعيا دعوى محضه يوجب عدم قبول قوله فإنما توجه قبوله بتكلف كونه منكرا فلا يخرج عن حكم المنكر انتهى.

و ان كانت من الطرفين فقد اختلف كلامهم فى ذلك فقال الشيخ فى الخلاف و المبسوط:البينه بينه المشترى أيضا،و علله فى المبسوط بأنه الداخل،و فى الخلاف بأنه المدعى لزياده الثمن،و الشفيع ينكره فالبينه على المدعى،و قال ابن الجنيد:

إذا اختلف الشفيع و المشترى فى الثمن كانت البينه على الشفيع فى قدر الثمن إذا لم يقر له بالشفعه،فإن أقر بها المشترى كانت البينه فى قدر الثمن عليه،و الا كانت له يمين الشفيع،لانه لا يستحق عليه زياده على ما يقر به له من الثمن.

و قال ابن إدريس:البينه بينه الشفيع،لانه خارج،و قال العلامه فى المختلف بعد نقل ذلك:و يحتمل عندى فى هذه المسأله أمور ثلاثه أقويها تقديم بينه المشترى، لأنها يرجح يقول المشترى،فإنه مقدم على قول الشفيع،و هذا بخلاف الداخل و الخارج، لان بينه الداخل يمكن أن تستند الى اليد،فلهذا قدمنا بينه الخارج.

الثانی-بینه الشفیع،لأنهما بینتان معارضتان،فقدمت بینه من لا یقبل قوله عند عدمها کالداخل و الخارج،و الثالث-القرعه لأنهما تنازعا فی العقد،و لا ید لهما علیه فصارا کالمتنازعین فی عین فی ید غیرهما انتهی.

أقول:و أنت خبیر بأن مرجع هذا الخلاف الی الخلاف فی تقدیم بینه الخارج أو الداخل عند التعارض،فعلی الأول تقدم بینه المشتری،و علی الثانی بینه الشفیع،الا أن ظاهر کلامه فی المختلف أن تقدیم بینه المشتری لا من الحیثیه المذکوره،بل من حیث ترجحها بتقدیم قوله،و هذا الترجیح انما یتم بناء علی ما هو المشهور عندهم، و الا فعلی ما قدمنا نقله عن المسالک من ان القول قول الشفیع بیمینه فلا.

و بالجمله فالمسأله لخلوها من النص الواضح صارت مطرحا للأنظار،و مسرحا للافکار مع ما هی علیه من الاختلاف الذی لا یقف علی حد،و لا یصل الی عد.و الله العالم.

السادسه عشر-إذا ظهر فی الشقص الذی هو محل الشفعه عیب

اشاره

،فان کان ذلک حال البیع و قبل أخذ الشفیع بالشفعه فالواجب أولا النظر فیما یستقر علیه حکم المشتری فی هذه الصوره،فإن اختار أخذ الأرش،أو کان الحق منحصرا فی الأرش بأن حدث فی المبیع ما یمنع الرد،فالحکم فی الشفیع أنه یسقط عنه من الثمن ما قابل الأرش الذی أخذ المشتری،لأنه جزء من الثمن،و الثمن حقیقه انما هو الباقی بعد الأرش،و ان لم یأخذ الأرش بل عفا عنه،لانه حقه ان شاء ترکه،تخیر الشفیع بین الأخذ بمجموع الثمن الذی وقع علیه العقد،و بین الترک،لانه لم یتجدد للثمن ما یوجب نقصه کما فی الصوره الاولی.

و ان کان ظهور العیب بعد الأخذ بالشفعه فهیهنا صور أربع،لانه اما أن یکون المشتری و الشفیع عالمین به وقت البیع،أو جاهلین أو أحدهما عالم و الأخر جاهل، و هذه الصوره الثالثه تنحل الی صورتین،و هو أن یکون المشتری عالما و الشفیع جاهلا و بالعکس.

فالأولی أن یکونا عالمین

فلا خیار لأحدهما و لا أرش،لقدوم المشتری علی الشراء و الحال هذه،و الشفیع علی الأخذ بالشفعه و الحال کما عرفت،و هذا ظاهر.

ص:۳۳۶

الثانيه أن يكونا جاهلين

،فان اتفقا بعد العلم على رده فلا بحث،و ان اتفقا على أخذه مع الأرش أو بدونه صح،و الثمن اللازم للشفيع على الأول هو ما بعد الأرش،و على الثانی هو ما وقع عليه العقد.

و أطلق فی المسالک أن الثمن اللازم للشفيع ما بعد الأرش،و لا أعرف له وجها،لانه مع الاتفاق على عدم الأرش يبقى الثمن الذی وقع عليه العقد على حاله، لم يعرض له ما يوجب نقصانه،فكيف يكون اللازم للشفيع ما بعد الأرش و الحال أنه لا أرش،لاتفاقهما على الأخذ بدونه،و ان اختلفت إرادتهما فأراد الشفيع رده دون المشتری فله ذلک،و يرجع المبيع إلی المشتری فيتخير بين أخذه مع الأرش أو بدونه أو عدم الأخذ بالكليه ان لم يحدث فی المبيع ما يمنع الرد،و ان انعكس الأمر بأن أراد الشفيع أخذه،و أراد المشتری رده،فظاهر الأصحاب تقديم اراده الشفيع لثبوت حقه و سبقه (۱)و علل أيضا بأن فيه جمعا بين الحقين،لأنا لو قدمنا المشتری بطل حق الشفيع بالكليه مع ما عرفت من ثبوته و سبقه،و إذا قدمنا الشفيع فإن المشتری يحصل له مثل ثمنه أو قيمته من الشفيع،و لا يفوت عليه شیء فيكون تقديمه جامعا بين الحقين.

بقی الكلام فی أنه على ما ذكرنا من تقديم الشفيع و أخذه المبيع بما وقع عليه العقد من الثمن،فلو أراد المشتری طلب الأرش و الحال هذه،فهل تجب اجابته و دفعه إليه أم لا؟قولان:و بالثانی قال الشيخ(رحمه الله)و علله بأنه استدرک ظلامته برجوع جميع الثمن اليه من الشفيع،فلم يقف منه شیء يطالب به.

و بالأول قال المحقق فی الشرائع،لأن حقه انما هو عند البائع،حيث أن الأرش جزء من الثمن عوض جزء فات من المبيع،فلا يجب عليه أن يقبل عوضه من الشفيع،لان الواقع بين البائع و المشتری معاوضه مستقله مغايره لما وقع بينه و

۱- ۱) و ذلک فان حقه ترتب على البيع و اما حق المشتری فإنه انما ثبت بظهور العيب المتأخر عن وقت البيع و وقت الشفعه كما هو المفروض فی أصل المسأله فيكون حق الشفيع أسبق-منه رحمه الله.

بين الشفيع،و حقه انما هو عند البائع،و لا يجب عليه قبول عوضه من الشفيع.

و الى هذا القول مال فى المسالك أيضا،و قال:انه أقوى،قال:و حينئذ فله الرجوع على البائع بالأرش،فيسقط عن الشفيع من الثمن بقدره،لان الثمن ما يبقى بعد الأرش.

الثالثه-أن يعلم الشفيع بالعيب دون المشترى

،و الحكم فيه لزومه للشفيع لقدومه على الأخذ مع علمه بالعيب،و أما المشترى فالظاهر أنه ليس له الرد لانتقال المبيع الى الشفيع،و به صرح الأصحاب أيضا،و عللوه بمراعاه حق الشفيع.

قالوا:و فى ثبوت الأرش للمشترى الوجهان المتقدمان،قال فى المسالك:

و الأصح ان له ذلك فيسقط عن الشفيع بقدره،و لا يقدح فيه علمه بالحال لما بيناه من أنه يأخذ بالثمن و هو ما بعد الأرش.

الرابعه-أن يعلم المشترى خاصه

،و حينئذ فللشفيع رده بالعيب حيث أنه جاهل به،و ليس له أرش،لأنه انما يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد،و المشترى لا أرش له هنا لقدومه على الشراء مع علمه بالعيب،و استحقاق الشفيع الأرش فرع أخذ المشترى إياه و الله العالم.

السابعه عشر [طريق الأخذ بالشفعه]

-قالوا:و طريق الأخذ بالشفعه أن يقول:أخذت أو تملكت أو اخترت الأخذ،و لكن لا يكفى مجرد القول،بل لا بد من تسليم الثمن مع ذلك، هذا مع عدم رضى المشترى بالشفعه،فتصح الشفعه بذلك رضى أو لم يرض،و أما مع رضاه بالشفعه،و الصبر بالثمن فلا يلزم تسليمه فى صحه الشفعه،و لكن يجب على الشفيع تسليمه عند الطلب،كسائر الحقوق، أقول:الظاهر أن كلما دل من الألفاظ على الأخذ بالشفعه،و طلبها فهو موجب لذلك،إذ لا تعرض للتخصيص بشىء من الألفاظ فى الاخبار،لا فى هذا الباب و لا فى غيره من العقود حتى البيع الذى هو مطرح الانظار فى أمثال هذه المقامات و أما الكلام فى الثمن و وجوب تسليمه أو لا فقد تقدم الكلام فيه فى المسأله الخامسه من هذا المقصد،ثم ان ظاهر كلامهم أنه لا بد فى الأخذ بالشفعه من معلوميه الثمن عند الشفيع جنسا و قدرا و وصفا،و عللوه بأنه لما كان الأخذ بالشفعه فى

معنی المعاوضه المحضه،لأنه یأخذ الشقص بالثمن الذی بیع به،اشترط علمه به حین الأخذ حذرا من الغرر اللازم علی تقدیر الجهل،لان الثمن یزید و ینقص و الأغراض تختلف فیه قله و کثره،و ربما یزید حیله علی زهد الشفیع فی الأخذ مع اتفاقهما علی إسقاط بعضه،فلا یکفی أخذه بالشفعه مع عدم العلم به جنسا و قدرا و وصفا و ان رضی بأخذه مهما کان الثمن،لان دخوله علی تحمل الغرر لا یرفع حکمه المترتب علیه شرعا من بطلان المعاوضه مع وجوده،کما لو أقدم المشتری علی الشراء بالثمن المجهول و رضی به کیف کان.

قالوا:و حیث لا یصح الأخذ لا تبطل الشفعه،بل یجددها إذا علم به،و ظاهر المحقق الأردبیلی(قدس سره)المناقشه فی الحکم المذکور حیث قال بعد ان نقل قول المصنف«انه لو قال:أخذت بالثمن کائنا ما کان و کان عالما بقدره صح و الا فلا»:ما صورته«لا شک فی الصحه مع العلم و أما مع الجهل فقال المصنف:لا یکفی و ان ضم إلیه کائنا ما کان،و لعل دلیله الجهل بالثمن و ان الشفعه بمنزله البیع بینه و بین المشتری،و لا بد من العلم بالعوضین،و ذلک غیر ظاهر،و ما نعرف لاشتراط العلم دلیلا لا عقلیا و لا شرعیا الا أن یکون إجماعا فتأمل انتهی.

و بالجمله فإن مرجع ما قدمنا من کلامهم الی إلحاق الشفعه بالبیع،و حملها علیه من حیث الاشتراک فی کونهما معاوضه،و قد قام الدلیل فی البیع علی وجوب العلم بالعوضین جنسا و قدرا و وصفا فکذا هنا.

و أنت خبیر بما فیه،فإنه عند التحقیق لا یخرج عن القیاس المنهی عنه فی الاخبار،حیث أن أخبار الشفعه علی تعددها و تکاثرها لا إشعار فی شیء منها بذلک و الحکم به بدون ذلک مشکل.

و أما التعلیل بالغرر فیمکن دفعه بأن الشفیع قد أقدم علی ذلک و رضی به، و قوله«أن دخوله علی تحمل الغرر لا یدفع حکمه»مسلم لو ثبت هنا عدم جواز الدخول فی هذا الحال،و قیاسه علی البیع ممنوع،لقیام الدلیل فی البیع،فیتم ما ذکروه فیه، أما هنا فهو محل البحث و عین المتنازع فیه و الله العالم.

المقصد الخامس فی موجبات سقوط الشفعه و بطلانها

فمنها أن یشتری شقصا لا یستوی إلا عشره بمأه و یدفع عوض المأه ما یساوی عشره،فالشفیع اما ان یدفع المأه،أو ینزل عن الشفعه،لأنک قد عرفت أنه یأخذ بالثمن الذی وقع علیه العقد ان أراد الشفعه،و أما دفع المشتری عوض المأه ما یساوی عشره فهی معاوضه أخری،لا تعلق للشفیع بها،و هذا من جمله الحیل لإسقاط الشفعه،و فی معناه أن یبرءه من بعض الثمن.

و منها ترک المطالبه بالشفعه مع العلم و عدم العذر،بناء علی القول بالفوریه، و أما علی القول بعدمها فلا،و قد تقدم تحقیق الکلام فی ذلک فی المسأله السادسه من المقصد السابق،و أنه علی القول الغیر المشهور لا تسقط إلا بالإسقاط،و الا فهی ثابته علی التراخی.

و منها ما لو نزل عن الشفعه قبل البیع علی أحد القولین،و قد تقدم تحقیق ذلک فی المسأله الثالثه عشر من المقصد المذکور.

و منها أن یشهد علی البیع علی أحد القولین فذهب الشیخ فی النهایه و جماعه إلی بطلانها،لدلالته علی الرضا بالبیع،و ذهب فی المبسوط الی عدمه،للأصل و منع الدلاله،و تأثیرها علی تقدیرها فی الابطال،و اختاره فی المسالک.

و منها أن یبارک للمشتری أو البائع العقد،و هو محل خلاف أیضا،و علل القول بالبطلان اما لتضمنه الرضا،أو لمنافاته الفوریه،قال فی المسالک:و الأصح عدم البطلان،لمنع،الأمرین،أما الأول فواضح،و أما الثانی فلان المعتبر فیها العرف،و نحو السلام و الدعاء عند الاجتماع لذلک و أشباهه لا ینافیها عرفا،بل ربما کانت المبادره إلی الأخذ بدون الکلام مستهجنا عاده انتهی.

أقول:و یزیده تأکیدا بالنسبه إلی الدلاله علی الرضا أنه من المحتمل قریبا بل هو الظاهر-متی حصلت منه الشفعه أن الرضا بالبیع انما کان لکونه وسیله إلی الأخذ بالشفعه،فیکون مؤکدا لا منافیا،و بالنسبه الی الثانی ما تقدم فی المسأله

السادسه من المقصد المتقدم.

و منهـا أن يـأذن للمشترى فى الابتيـاع،و فيه أيضا قولان:أظهرهما عـدم الابطال و احتـج القائل بالإبطال بـدلاله الاذن على الرضـا المبطـل لهـا،و فيه منع ظـاهر،لمـا عرفت آنفا من أن الرضا ان لم يكن دالا على الجواز لكونه وسـيله إلى الأخـذ بالشـفعه لم يكن مبطلا.

و التحقيق فى هـذه المواضع الخلافيه و نحوهـا أن الشـفعه لا تبطل الا مع التصـريح بإسـقاطها بمـد ثبوتها،أو منافاته الفوريه على القول باعتبارها.

و منهـا و هو من الحيـل أيضا فى إسـقاط الشـفعه أن ينقل الشـقص بغير البيع كالهبه و الصـلح على الأشـهر الأظهر من اختصاص الشـفعه بالبيع،كما تقدم تحقيقه فى المقصد الثانى فى الشـروط،و سـقوط الشـفعه هنا حقيقه لفقد الشـرط المقتضى لثبوتها، و هو انتقال الشقص بالبيع.

و منها أن يبيع جزءا من الشقص بثمن كله،ثم يهب له باقى الشقص.

و منها أن يبيع عشـر الشـقص مثلا بتسـعه أعشار الثمن،ثم يبيع تسـعه أعشاره بعشر الثمن،فالشريک الأول لا يرغب فى الشفعه فى البيع الأول لقله المبيع،و كثره الثمن،و لا شـفعه له أيضا فى البيع الثانى لتعدد الشـركاء،لان الأشـهر الأظهر اشتراط وحده الشريک كما تقدم تحقيقه،و ذلک لان المشترى حال البيع الثانى صار شريکا.

و منهـا أن يبيعه بثمن قيمى كثوب مثلا،ثم يبـادر البـائع بعـد قبضه إلى إتلافه قبل العلم بثمنه،أو يخلطه بغيره بحيث لا يتميز،فإنه تندفع الشفعه هنا لعدم معلوميه الثمن و الجهل به،لأن الشفعه فى القيمى انما يكون بقيمته،و هى هنا غير معلومه.

کتاب الحجر

اشاره

و هو لغه المنع،و منه سمی الحرام حجرا،لما فیه من المنع،قال الله تعالی (۱)«وَ یَقُولُونَ حِجْراً مَحْجُوراً» أی حراما محرما،و سمی العقل حجرا، لانه یمنع صاحبه من ارتکاب القبیح،قال الله تعالی (۲)«هَلْ فِی ذٰلِکَ قَسَمٌ لِذِی حِجْرٍ» و شرعا هو المنع من التصرف فی المال،أی مال ذلک المحجور علیه، أعم من أن یکون فی الجمیع أو البعض،فیشمل الممنوع من التصرف فی الجمیع، کالصبی أو فی البعض کالمریض،و أیضا فالظاهر المنع فی الجمله و علی بعض الوجوه،إذ لا منع شرعا من الکل،إذ لا یکون أضعف من الصبی و المجنون،و هما غیر ممنوعین من الأکل و الشرب و السکنی و نحوها.

ثم اعلم ان جمله من الأصحاب کالعلامه فی التذکره و المحقق فی الشرائع جعلوا للحجر کتابا و بابا علی حده،و للمفلس کتابا و بابا علی حده،و العلامه فی الإرشاد أدرج المفلس فی کتاب الحجر،و جعله من جمله مباحثه،و هو الأظهر کما ستقف علیه إنشاء الله تعالی،و کأن أولئک نظروا إلی کثره الأبحاث المتعلقه بالمفلس فجعلوه لذلک مستقلا بالبحث،و الأمر فی ذلک هین.

و نحن قد جرینا فی هذا الکتاب علی ما جری علیه شیخنا العلامه فی الإرشاد و حینئذ فالبحث فی هذا الکتاب یقع فی مطالب ثلاثه

المطلب الأول-فی موجبات الحجر

اشاره

،و هی عند الأصحاب سته،الصغر،و الجنون،و الرق،و المرض و الفلس،و السفه،و الحصر فی هذه السته المذکوره جعلی لا استقرائی،حیث قد جرت عادتهم بالبحث فی هذا المقام عن هذه السته.

و الا فهنا أقسام کثیره غیر هذه السته،کالحجر علی الراهن و المرتهن فی

۱- ۱) سوره الفرقان الآیه-۲۲.

۲- ۲) سوره الفجر الآیه-۵.

الرهن،و علی المشتری فیما اشتراه قبل دفع الثمن،و علی البائع فی الثمن المعین، و علی المکاتب فی کسبه لغیر الأداء و النفقه،و علی المرتد الذی یسوغ عوده،و غیر ذلک مما هو مذکور فی تضاعیف الفقه. (۱)

و کیف کان فالکلام فی هذه السته المذکوره یقع فی مواضع

[الموضع] الأول – الصغر

اشاره

،و فیه مقامات

المقام الأول–لا خلاف فی الحجر علی الصغیر ما لم یبلغ فی الجمله

،و یدل علیه الآیه و هی قوله تعالی (۲)«وَ ابْتَلُوا الْیَتامیٰ حَتّٰی إِذٰا بَلَغُوا النِّکٰاحَ» الآیه.

و الاخبار منها ما رواه

فی التهذیب عن الأصبغ بن نباته (۳)عن أمیر المؤمنین علیه السلام

«أنه قضی أن یحجر علی الغلام حتی یعقل»الحدیث. قال فی التذکره:و هو محجور علیه بالنص و الإجماع،سواء کان ممیزا أو لا،فی جمیع التصرفات الا- ما استثنی کعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبیره،و وصیته و إیصال الهدیه و اذنه فی دخول الدار علی خلاف فی ذلک.

أقول:المفهوم من کلام جمله من الأصحاب کالمحقق فی الشرائع و غیره أن الحجر انما هو باعتبار التصرف المالی،فإنه عرفه فی الشرائع بأنه الممنوع من التصرف فی ماله،و هو المتبادر من الإطلاق أیضا،و ظاهر کلام العلامه هنا أن المراد جمیع

۱- ۱) سوره النساء الآیه-۶.

۲- ۲) التهذیب ج ۶ ص ۲۳۲ الفقیه ج ۳ ص-۱۹.

۳- ۳) أقول عد المشتری هنا و البائع فیمن یحجر علیه بناء علی ما تقدم فی کتاب البیع من انه لا یجب علی واحد منهما التسلیم قبل الأخر کما هو المشهور، فیکون المبیع محجورا علی المشتری،و لا یجب علی البائع تسلیمه قبل قبض الثمن و قد تقدم ما فیه،و احترز بالمعین عما فی الذمه،فإن الحجر انما یتوقف بالنسبه إلی العین و المنع من التصرف فیها بأحد وجوه التصرفات،و ما فی الذمه أمر کلی لا وجود له فی الخارج إلا بالتبعیه فی فرد خارجی منه(رحمه الله).

التصرفات،و على هذا فاستثناء الثلاثه الأول ظاهر.

و أما تدبيره و وصيته فهو محل خلاف بين الأصحاب الا أن الاخبار قد دلت على جواز ذلك من ابن عشر سنين و كذا العتق،و سيأتی فی أبوابها إنشاء الله تعالی.

و أما إيصال الهديه و الاذن فقد صرحوا بأنه لا يحتاج علم المهدی اليه، و الداخل يكون ذلك بإذن الولی صريحا.

قال المحقق الأردبيلی(رحمه الله)بعد نقل ذلك عنهم لعله اكتفی بالظاهر للعاده بأن الهديه فی محلها لم يجئها الولد إلا بإذن وليه،و كذا الاذن فی الدخول لا يكون إلا بإذنه للقرينه،فكأنه اكتفی فيهما بمثله للظهور و سهوله الأمر لكثره التداول، و الشيوع بين المسلمين من غير نكير،و كأنه كان فی زمانهم(عليهم السلام)مع عدم المنع فتقريرهم هنا ثابت،و هو حجه و لا يبعد ذلك و أمثاله،مثل قبول مثله من عبده و ولده و تسليم ظرفه إليهما،و كذا تسليم ما كان عند الإنسان بالعاريه و نحوها الی شخص يوصله اليه من غير اذنه،سواء كان عبد المرسل أو ولده أو غيرهما،كما هو المتعارف خصوصا إذا كان بينهما الصداقه،أو عرف من حاله أنه لا يكره،بل يرضی علما أو ظنا متاخما له،و يدل عليه عموم أدله قبول الهديه من غير تفصيل،بأن يكون الموصل حرا بالغا،و مع ذلك الاحتياط أمر مطلوب انتهی.

أقول:لو ثبت عموم الحجر كما هو ظاهر كلام التذكره بالأدله القاطعه من كتاب أو سنه لكان فی الخروج عنه بما ذكره(قدس سره)من هذه التوجيهات محل نظر و إشكال،الا؟أن القدر المعلوم ثبوته من الكتاب و السنه و الإجماع،انما هو التخصيص بالمالی،و حينئذ فيهون الخطب فيما ذكره،و يقوی اعتباره.

المقام الثانی [عدم زوال حجر الصغير إلا بالبلوغ]

قد عرفت أن الصغر سبب فی الحجر،و لا يزول الا بالبلوغ، و هو يعلم فی الذكور بأمور،منها-خروج المنی و تشركه فی هذه العلامه الأنثی، و المراد منه الماء الدافق الذی يخلق منه الولد فی يقظه كان أو نوم،و عليه تدل

جمله من الآیات و الروایات،کقوله تعالی (۱)«إِذٰا بَلَغَ الْأَطْفٰالُ مِنْکُمُ الْحُلُمَ» - «وَ الَّذِینَ لَمْ یَبْلُغُوا الْحُلُمَ» «و حَتّٰی إِذٰا بَلَغُوا النِّکٰاحَ» الایه،و الحلم بالضم لغه واحد الأحلام النومیه،قال فی التذکره:الاحتلام هو خروج المنی و هو الماء الدافق الذی یخرج منه الولد،و قال أیضا:«الحلم خروج المنی من الذکر أو قبل المرأه مطلقا، سواء کان بشهوه أو بغیر شهوه،و سواء کان بجماع أو غیر جماع،و سواء کان فی نوم أو یقظه»و کأنه یرید أن ذلک المعنی المقصود منه شرعا،و الا فإن المذکور فی کلام أهل اللغه انما هو التخصیص بالنوم کما یظهر من القاموس و غیره،و لهذا قال فی التذکره:

و لا یختص بالأحلام.

و الاخبار بذلک متکاثره أیضا

ففی روایه علی بن جعفر (۲)عن أخیه موسی علیه السلام قال:

«سألته عن الغلام متی یجب علیه الصوم و الصلاه؟قال:إذا أتی علیه ثلاث عشره سنه،فان احتلم قبل ذلک فقد وجب علیه الصلاه،و جری علیه القلم».

و فی صحیحه البزنطی (۳)عن الرضا علیه السلام قال:

«یؤخذ الغلام بالصلاه و هو ابن سبع سنین،و لا تغطی المرأه شعرها عنه حتی یحتلم». و فی هذه الخبر دلاله علی جواز کشف المرأه رأسها ما لم یبلغ،و الظاهر أن ذکر الشعر انما خرج مخرج التمثیل،لانه لا فرق بینه و بین سائر الجسد فی تحریم النظر الیه من الأجنبی الذی لیس بمحرم.

و فی صحیحه هشام (۴)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«انقطاع یتم الیتیم بالاحتلام و هو أشده،و ان احتلم و لم یونس منه رشده و کان سفیها أو ضعیفا فلیمسک عنه ولیه ماله».

۱- ۱) سوره النور الآیه ۵۹.
۲- ۲) التهذیب ج ۲ ص ۳۸۱ لکن عن عمار الساباطی.
۳- ۳) الفقیه ج ۴ ص ۱۶۳.
۴- ۴) الفقیه ج ۴ ص ۱۶۳.

و فی روایه عبد الله بن سنان المرویه فی الخصال (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

« سأله أبی و أنا حاضر عن الیتیم متی؟قال:حتی یبلغ أشده،قال:

و ما أشده؟قال:احتلامه»الحدیث. الی غیر ذلک من الاخبار الکثیره.

و منها الإنبات،و المراد به ما علی العانه من الشعر،و هـذه العلامه أیضا مشترکه بین الـذکر و الأنثی،قال فی التذکره:و هو مختص بشعر العانه الخشن،و لا اعتبار بالشعر الضعیف الذی قد یوجد فی الصغر،بل الخشن الذی یحتاج فی إزالته إلی الحلق حول ذکر الرجل و فرج المرأه،و قال أیضا فی الکتاب المذکور:إنبات هذا الشعر دلیل البلوغ فی حق المسلمین و الکفار عند علمائنا أجمع (۲).

أقول:و یدل علیه أیضا مضافا الی الإجماع المذکور الأخبار،

ففی حسنه یزید الکناسی (۳)عن الباقر علیه السلام و هی طویله قال فی آخرها:

«ان الغلام إذا زوجه أبوه کان له الخیار إذا أدرک،أو بلغ خمس عشره سنه،أو أشعر فی وجهه،أو أنبت فی عانته».

و الظاهر أن المراد بالشعر فی وجهه هو اللحیه و الشارب،و استقرب فی التحریر کون نبات اللحیه دلیلا دون غیره من الشعور،و العاده قاضیه به.

و فی معنی هذه الروایه

روایه حمران (۴)و فیها

«ان الغلام تجب علیه الحدود إذا احتلم،أو بلغ خمس عشره سنه أو أشعر أو أنبت قبله،و الجاریه لتسع».

و هل الإنبات دلیل بنفسه علی البلوغ کالسن،أو علی سبقه کالحیض و الحمل؟ قولان:

۱- ۱) الوسائل الباب-۲ من أبواب أحکام الحجر الرقم-۵.

۲- ۲) نبه به علی خلاف بعض العامه نظرا إلی انه لا یمکن الرجوع إلیهم فی الاخبار بالسن و الاحتلام بخلاف المسلم،قال فی المسالک:و ربما نسب هذا القول الی الشیخ رحمه الله و هذا التفصیل بالنسبه إلی الحرب من الکفار:باعتبار جواز القتل فی البالغ دون غیره-منه رحمه الله.

۳- ۳) الوسائل الباب-۴-من أبواب مقدمه العبادات.

۴- ۴) الوسائل الباب-۴-من أبواب مقدمه العبادات.

قال فى المسالک بعد قول المصنف«و يعلم بلوغه بإنبات الشعر الخشن على العانه»ما لفظه:احترز بالشعر الخشن عن الشعر الضعيف-الذى ينبت قبل الخشن ثم يزول و يعبر عنه بالزغب-و يشعر العانه عن غيره،کشعر الإبط و الشارب و اللحيه فلا عبره بها عندنا إذ لم يثبت كون ذلک دليلا شرعا،خلافا لبعض العامه،و لا شبهه فى كون شعر العانه علامه على البلوغ،انما الكلام فى كونه نفسه بلوغا أو دليلا على سبق البلوغ،و المشهور الثانى،لتعليق الأحكام فى الكتاب و السنه على الحلم و الاحتلام،فلو كان الإنبات بلوغا بنفسه لم يختص غيره بذلک،و لان البلوغ غير مكتسب،و الإنبات قد يكتسب بالدواء،و لحصوله على التدريج،و البلوغ لا يكون كذلک،و وجه الأول ترتب أحكام البلوغ عليه و هو أعم من الدعوى انتهى.

أقول:فيه أولا أن ما ذكره-من أن شعر الشارب و اللحيه لا عبره به إذ لم يثبت كونه دليلا شرعيا-مردود بدلاله الروايتين المذكورتين على كونه دليلا شرعيا،و الثانيه منهما و ان كانت مجمله حيث لم يذكر موضع الشعر فيها،الا أن الأول مصرحه بكونه شعر الوجه.

و من الظاهر أن الشعر فى الوجه انما هو اللحيه و الشارب،فيحمل إجمالها على تفصيل الاولى و بيانها،فإنه عليه السلام،جعل إنبات الشعر فى عداد البلوغ بالسن و الإنبات و الاحتلام،فيكون احدى علامات البلوغ،و الظاهر أنه غفل عن الاطلاع على الخبرين المذكورين،كما غفل عنهما غيره،حيث لم يعدوا ذلک فى العلامات المذكوره و رد الخبرين المذكورين من غير معارض ظاهر لا يخفى ما فيه.

و ثانيا ان ما ذكره من الخلاف-فى كون الإنبات دليلا على البلوغ أو على سبقه،و اختياره الثانى و قوله أنه هو المشهور-فيه أن ظاهر عباره العلامه المتقدمه و قوله نبات هذا الشعر دليل البلوغ فى حق المسلمين و الكفار عند علمائنا أجمع عدم الاعتداد بهذا القول المشهور،و انه لا خلاف فى كونه دليلا على البلوغ بنفسه، و هو المؤيد بظاهر الخبرين المذكورين،فان ظاهر عد الإنبات فى عداد السن و الاحتلام-اللذين لا خلاف فى كونهما علامتين للبلوغ لا على سبق البلوغ-كون الإنبات مثلهما فى ذلک.

ص :٣۴٧

و بـذلك يظهر لـك مـا فى قوله فى الاحتجـاج للقول المشـهور،لتعليم الأحكـام فى الكتـاب و السـنه على الحلم و الاحتلام الى آخره،فإنه ظاهر فى ما قـدمنا ذكره من عدم اطلاعه على الخبرين المذكورين،و الا فمع الوقوف عليهما كيف يتم له دعوى تعليق الحكم فى السـنه على الاحتلام،و أنه مختص بذلك دون الإنبات، و الروايتان قد اشتملتا كما عرفت على عد الجميع من علامات البلوغ،و المتبادر منه كون كل منها علامه على البلوغ لا على سبقه.

و ثالثا أن قوله«ان البلوغ غير مكتسب،و الإنبات قد يكون مكتسبا»فإنه بظاهره لو تم لدل على عدم جواز عد الإنبات فى العلامات المـذكوره،و لو بكونه علامه على السـبق،مع أنه لا يقول به،و القائلون بعـده انما يريـدون به الإنبات الحاصل من الله-«سـبحانه»-بمقتضى العاده و الطبيعه،و هو بهذا المعنى لا يمنع من كونه علامه على البلوغ،لا أنه مراد به ما هو أعم حتى يتجه ما ذكره،و كذا قوله «و لحصوله على التدريج»فان فيه ان العلامه تحصل بمجرد خروج شـىء من الشـعر،و لا توقف لها على تزايده و كماله،حتى يتجه قـوله«و البلـوغ لا يكـون كـذلك»يعنى تـدريجا،و بـالجمله فـإن كلامه«قـدس سره»هنـا لا يخلـو من الغفله عن النصـوص المذكوره،و المجازفه فى هذه التعليلات العليله.

و أنت خبير بـأن مورد الروايـات فى هـذه العلامه و التى قبلهـا انمـا هو المـذكر، فكان مسـتند هاتين العلامتين فى الأنثى انما هو الإجماع،حيث لا قائل بخلاف ذلك.

و منها السن و المشـهور أنه فى الذكر ببلوغ خمس عشـره سـنه،و فى الأنثى ببلوغ تسع،و يدل عليه بالنسـبه إلى الذكر ما تقدم فى حسنه يزيد الكناسى (۱)و روايه

حمران (۲)و بالنسبه إلى الأنثى ما فى روايه حمران المذكوره،حيث قال قال فيها:

«ان الجاريه إذا تزوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتم،و دفع إليها مالها،و جاز أمرها فى الشراء و البيع»الحديث.

ص: ۳۴۸

۱- ۱) الوسائل الباب-۴-من أبواب مقدمه العبادات.

۲- ۲) الوسائل الباب-۴-من أبواب مقدمه العبادات.

و روایه عبد الله بن سنان (۱)عن ابی عبد الله

«علیه السلام»و إذا بلغت الجاریه تسع سنین فکذلک،و ذلک لأنها تحیض لتسع سنین». و عن الشیخ فی کتاب الصوم من المبسوط و ابن حمزه أن بلوغ المرأه بعشر سنین.مع أن الشیخ وافق المشهور فی موضع آخر من الکتاب المذکور،و ما ذکر من القول بالعشر لم نقف له علی دلیل،و فی موثقه عمار (۲)بلوغها بثلاث عشره،و هو غیر معمول علیه،و قیل فی المذکر بأربع عشره سنه،نقله فی المختلف عن ابن الجنید،و نقل بعض أفاضل متأخر المتأخرین (۳)عن بعض القدماء و الشیخ فی کتابی الاخبار و أکثر محققی المتأخرین أنهم قالوا بحصول البلوغ بالدخول فی الرابع عشر،قال:فی المفاتیح:و لا یخلو من قوه،و یدل علیه

قوله

«علیه السلام»:فی صحیحه عبد الله بن سنان (۴)إذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشره سنه و دخل فی الأربع عشره وجب علیه ما یجب علی المحتلمین،احتلم أو لم یحتلم کتب علیه السیئات،و کتبت له الحسنات و جاز له کل شیء الا أن یکون سفیها أو ضعیفا».

و منها موثقه أخری له (۵)و علی هذا فما تقدم نقله عن ابن الجنید من القول بالأربع عشره ان أرید به الدخول فیها فهو راجع الی هذا القول الذی دلت علیه هذه الاخبار.

و ان أرید به إکمالها فیمکن أن یکون مستنده قوله«علیه السلام»

فی روایه عیسی بن زید (۶)

«و یحتلم لأربع عشره». بحملها علی کمال الأربع عشره،و قد بسطنا الکلام فی هذا المقام فی کتاب الصیام (۷)و ذکرنا جمله من الاخبار و ما قیل فی الجمع

۱- ۱) الوسائل الباب-۴۴-من أبواب أحکام الوصایا.
۲- ۲) الوسائل الباب-۴-من أبواب مقدمه العبادات.
۳- ۳) هو الفاضل المولی أبو الحسن بن محمد طاهر المجاور بالمشهد الغروی حیا و میتا فی شرحه علی المفاتیح-منه رحمه الله.
۴- ۴) الوسائل الباب-۴۴-من أبواب أحکام الوصایا.
۵- ۵) الوسائل الباب ۴۴-من أبواب أحکام الوصایا.
۶- ۶) الوسائل الباب ۴۴-من أبواب أحکام الوصایا.
۷- ۷) ج ۱۳ ص ۱۸۱.

بینهـا،فمن أحب الوقوف علیه فلیرجع إلیه،بقی هنـا شـیء و هو أن ظـاهر عبارات الأصـحاب الاکتفاء بمجرد الـدخول،و هو ظاهر الاخبـار،حیث صـرحت بـأن بلوغ الخمس عشـره موجب للبلوغ،و ظـاهره هو الاکتفاء بالـدخول فیها و ان لم یتمها، الا أن شـیخنا الشهید الثانی فی المسالک قال:و یعتبر إکمال السنه الخامسه عشره، و التاسعه فی الأنثی،فلا یکفی الطعن فیها عملا بالاستصحاب و فتوی الأصـحاب،و لـان الـداخل فی السـنه الأـخیره لاـ یسـمی ابن خمس عشـره سـته لغه و لا عرفا،و الاکتفاء بالطعن فیها وجه للشافعیه انتهی.و تبعه علی ذلک جمله ممن تأخر عنه،و ظاهره أن ذلک فتوی من تقدمه من الأصحاب،مع أن أکثر العبارات علی ما حکیناه،و کذا عبارات الاخبار.

و ظـاهر المحقق الأـردبیلی المیـل الی ما ذکرنا،الا أن عبارته لا یخلو من تعقیـد، أو غلط فی النسـخه الموجوده عنـدنا،فإنه قال ما ملخصه:و الظـاهر أنه لاـ یشترط إکمال خمس عشـره،بل یحصل بالمشـروع فیه،و إکمال أربع عشـره،و بـذلک یمکن الجمع بین الاخبار،ثم نقل عباره المسالک المتقـدمه،ثم قال بعد کلام فی البین:و تعرف أنه لیس فتوی جمیع الأصـحاب و لیس بحجه،و أن لیس خامس عشر بواقع فی کتاب و لا سنه معتبره و لا إجماع حتی یکون معناه إکماله انتهی.

و منها الحیض،و الحبل للأنثی بغیر خلاف یعرف فی ذلک،و لا فی کونهما دلیلین علی سبقه.

و یدل علی الأول

روایه عبد الرحمن بن الحجاج (۱)عن الصادق علیه السلام قال:

«ثلاـث یتزوجن علی کـل حـال،و عـد منهـا التی لم تحض و مثلهـا لاـ تحیض، قلت:و متی یکون کـذلک؟قـال:مـا لم یبلغ تسع سنین،فإنها لا تحیض و مثلها لا تحیض».

و قوله فی روایه عبد الله بن سنان المتقدمه (۲)

«لأنها تحیض لتسع سنین».

۱- ۱) التهذیب ج ۸ ص ۱۳۷.
۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۴.

و لا خلاف فی جواز تصرف المرأه فی مالها بعد البلوغ،و ما ورد فی بعض الاخبار الصحیحه «من توقف عتقها علی اذن زوجها،و کذا تصرفها فی مالها»فقد حمله بعض الأصحاب علی تأکد استحباب استیذانه.

المقام الثالث [عدم ارتفاع حجر الصغیر إلا مع الرشد]

کما أن الحجر لا یرتفع عن الصغیر الا بالبلوغ کذلک یعتبر معه الرشد أیضا، فلا یرتفع عنه الحجر الا بالبلوغ و الرشد،و یدل علیه قوله عز و جل (۱)«فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَیْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ» قال فی المسالک:الحق أن الرشد ملکه نفسانیه یقتضی إصلاح المال،و تمنع من إفساده و صرفه فی غیر الوجوه اللائقه بأفعال العقلاء.

أقول:مرجعه إلی أنه یعتبر فیه أمور ثلاثه:أحدها أن یکون مصلحا لماله علی الوجه اللائق بحاله،و ثانیها-کونه غیر مفسد له بالتضییع،و ثالثها-أن لا یصرفه فی المصارف الغیر اللائقه بحاله،و لا یخفی ما بین هذه الأمور من التلازم.

و بالجمله فالظاهر أنه لا بد أن یکون هذه الأمور عن ملکه یقتدر بها علیها من حفظه،و صرفه فی الأغراض الصحیحه،فلا یکفی ذلک مره أو مرات من غیر أن یکون ذلک علی جهه الملکه،بل یکون من عقله و معرفته أن لا یضیع المال،و لو بتحمل الغبن الفاحش فی المعاملات،و الصرف فی المحرمات،و التبذیر و الإسراف،فإنه مناف للرشد بغیر خلاف.

و انما الخلاف فی اشتراط العداله فی الرشد،فالمشهور العدم،و ذهب الشیخ (رحمه الله)الی اعتبارها،و هو مذهب جماعه من العامه منهم الشافعی،و احتج الشیخ و من قال بهذا القول بقوله عز و جل (۲)«وَ لاٰ تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَکُمُ» و ما روی

عن ابن عباس فی قوله تعالی

«فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً» هو أن یبلغ ذا وقار و حلم و عقل».

۱- ۱) سوره النساء الآیه-۶.

۲- ۲) سوره النساء الآیه-۶.

و ما روی فی أخبارنا (۱)

«أن شارب الخمر سفیه». فیثبت فی غیره،إذ لا قائل بالفصل.

و الظاهر أن الأقوی هو القول المشهور للأصل،و لصدق مطلق الرشد علی غیر العادل،

و لقوله

«علیه السلام» (۲)«الناس مسلطون علی أموالهم». خرج منه ما خرج بدلیل،فیبقی الباقی تحت العموم،و لزوم الحرج و الضیق بذلک،قال فی المسالک و نعم ما قال:و اعلم أنه لو اعتبرت العداله فی الثبوت لم تقم للمسلمین سوق،و لم ینتظم للعالم حال،لان الناس الا النادر منهم اما فاسق،أو مجهول الحال، و الجهل بالشرط یقتضی الجهل بالمشروط،و یؤیده ورود الأوامر بالمعامله و المناکحه مطلقا من غیر تقیید بالعداله.

و فی الاخبار ما یدل علی معامله الفساق مثل الأخبار (۳)الداله علی جواز بیع الخشب ممن یعمله صنما،و العنب و التمر ممن یعمله خمرا،و لو کان الأمر کما ذکره القائل المذکور لما جاز ذلک،و لکان مع عموم البلوی به یخرج فیه خبر یدل علی المنع.

و بالجمله فالظاهر أن القول المذکور فی غایه من الضعف،قالوا:و انما تعتبر العداله علی القول باعتبارها ابتداء لا استدامه،نقل فی التذکره الإجماع علیه، و قال فی التذکره أیضا:ان الفاسق ان کان ینفق ماله فی المعاصی لشرب الخمور و آلات اللهو و القمار،أو یتوصل به الی الفساد،فهو غیر رشید لا یدفع إلیه أمواله إجماعا، لتبذیره ماله،و تضییعه إیاه فی غیر فائده،و ان کان فسقه بغیر ذلک کالکذب و منع الزکاه و إضاعه الصلاه مع حفظه ماله دفع الیه ماله،لان الغرض من الحجر حفظ المال،و هو یحصل بدون الحجر،فلا حاجه الیه،و کذا إذا طرأ الفسق

۱- ۱) الفقیه-ج ۴ ص ۱۶۸.

۲- ۲) البحار ج ۲ ص ۲۷۲ ط جدید.

۳- ۳) التهذیب ج ۶ ص ۳۷۳.

الذی لا یتضمن تضییع المال و لا تبذیره،فإنه لا یحجر علیه إجماعا انتهی.

و یعلم الرشد بالاختبار فیما یلائمه من الأعمال،ذکرا کان أو أنثی،ففی الذکر لا یفک عنه الحجر حتی ینظر لو کان من التجار مثلا فی بیعه و شرائه،لا بمعنی أن یفوض الیه البیع و الشراء،بأن یبیع و یشتری لانه لم یتحقق رشده بعد،بل بمعنی أن تماکس فی الأموال علی هذا الوجه،أو یدفع الیه المتاع لیبیعه أو الثمن لیشتری به،و لا یلاحظ الی أن یتم المساومه فیتولاه الولی،فإذا تکرر منه ذلک و سلم من الغبن،و التضییع و صرف المال فی غیر موضعه ثبت رشده،و هکذا فی کل أحد بنسبه عمله الذی یمارسه،و المرأه تستعلم بما یناسب حال النساء من الغزل،و الطبخ و تدبیر المنزل و نحو ذلک مما یعتاد ممارسته النساء.

الموضع الثانی الجنون

و دلیل الحجر علی المجنون ظاهر من العقل و النقل.

الموضع الثالث-الرق

و المملوک محجور علیه فی التصرف إلا بإذن المولی، أما علی القول بعدم ملکه فظاهر،و أما علی القول بملکه فان الظاهر من الاخبار کما تقدم تحقیقه فی المقصد الثانی من الفصل التاسع فی بیع الحیوان من کتاب المتاجر (۱)أنه محجور علیه التصرف فیه الا بإذن المولی،و استثنی من المنع الطلاق،فیجوز بدون اذن مولاه بل و ان کره،لان الطلاق بید من أخذ بالساق،هذا فی غیر أمه مولاه.

الموضع الرابع-المرض

،و المریض ممنوع من الوصیه بما زاد علی الثلث إجماعا،کما نقلوه ما لم یجز الورثه،بمعنی أنه ممنوع من إیقاعها علی جهه النفوذ بدون إجازتهم،لا بمعنی انها یقع باطله فی حد ذاتها،فهی صحیحه موقوفه علی الإجازه،فإن أجازوها صحت و لزمت،و نقل فی المسالک عن الشیخ علی بن بابویه:

۱- ۱) ج ۱۹ ص ۳۹۵.

انه أجاز وصيته بجميع ماله،و رده بأن الروايه قاصره،و حملت على من لا وارث له، أو ما إذا أجاز الورثه.

أقول:قال العلامه فى المختلف:المشهور عند علمائنا كافه أن الوصيه تمضى من ثلث المال،و تبطل فى الزائد إلا مع الإجازه.

و قال على بن بابويه:فإن أوصى بالثلث فهو الغايه فى الوصيه،فإن أوصى له كله فهو اعلم و ما فعله،و يلزم الوصى إنفاذ وصيته على ما أوصى.

و احتج على ذلك بروايه

عمار الساباطى (۱)عن الصادق عليه السلام قال:

«الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح،ان أوصى به كله فهو جائز له».

و الروايه ضعيفه،و المطلوب مستبعد،و الأحاديث الصحيحه معارضه لهذه الروايه،مع ان الشيخ تأولها على من لا وارث له،أو على ما إذا أجاز الورثه إلى آخر كلامه(زيد فى مقامه) و ما ذكره(قدس سره)من ان مستند الشيخ المذكور هو هذه الروايه تكلف منه،كما هى قاعدته فى تكلف الأدله للأقوال التى ينقلها فى هذا الكتاب،و انما مستنده هو كتاب الفقه الرضوى،و منه أخذ العباره بلفظها،فأفتى فى رسالته بها كما أوضحنا مثله فى كتب العبادات فى مواضع عديده،فإنه«عليه السلام»

قال فى الكتاب المذكور (۲)

«فإن أوصى رجل بربع ماله فهو أحب الى من أن يوصى بالثلث،

فإن أوصى بالثلث فهو الغايه فى الوصيه فإن أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعله،و يلزم الوصى إنفاذ وصيته على ما أوصى به». و هى كما ترى عين عباره الشيخ المذكور،و لكن الكتاب المذكور لما لم يصل إليهم تكلفوا لدليله بهذه الروايه،و أنت خبير بأن فتوى الشيخ المذكور بعباره الكتاب المذكوره مع منافاتها لجمله من الاخبار المرويه فى الأصول المعتمده دليل واضح على صحه الكتاب المذكور،و ثبوته عنه«عليه السلام»عنده و اختلف

۱- ۱) التهذيب ج ۹ ص ۱۸۶ الفقيه ج ۴ ص ۱۴۹.

۲- ۲) المستدرك ج ۲ ص ۵۱۹ و ۵۲۰.

الأصحاب-فی منعه من التبرعات المنجزه الزائده علی الثلث-علی قولین مشهورین، و کل منهما معتضده بجمله من الاخبار،و الذی یقرب عندی من الاخبار المشار إلیها هو عدم المنع،و أن مخرج الوصیه علی الوجه المذکور من الأصل دون الثلث، کما هو القول الأخر،و المراد بالمنجزه یعنی المعجله فی حال الحیاه کالهبه و العتق و الصدقه و نحو ذلک.

[الموضع] الخامس:الفلس

-و سیأتی الکلام فیه مستوفی إنشاء الله-تعالی-فی المطلب الثالث.

[الموضع] السادس:السفه

-و هو مقابل الرشد،و لما کان الرشد کما عرفت سابقا عباره عن الملکه التی تترتب علیها تلک الأمور،من إصلاح المال،و عدم إفساده،و عدم صرفه فی غیر الوجوه اللائقه،فالسفه حینئذ عباره عن الملکه التی تترتب علیها أضداد تلک الأمور،فلا یقدح الغلط فی بعض الأحیان،و الانخداع نادرا لوقوع ذلک من کثیر من المتصفین بالرشد.

و من السفه علی ما ذکروه الإنفاق فی المحرمات،و صرف المال فی الأطعمه النفیسه التی لا یلیق بحاله،و مثله اللباس الفاخر و نحوه و أما صرفه فی وجوه الخیرات کالصدقات و بناء المساجد و القناطر و المدارس و اقراء الضیوف و نحو ذلک،فان کان لائقا بحاله لم یکن سفیها قطعا،فان زاد علی ذلک فالمشهور علی ما نقله فی المسالک انه کذلک،استنادا إلی أنه لا سرف فی الخیر، کما لا خیر فی السرف.

و نقل عن العلامه فی التذکره أن ما زاد منه علی ما یلیق به تبذیر،لأنه إتلاف فی المال،و قال الله تعالی (۱)«وَ لاٰ تَجْعَلْ یَدَکَ مَغْلُولَهً إِلیٰ عُنُقِکَ وَ لاٰ تَبْسُطْهٰا کُلَّ الْبَسْطِ» قال:و هو مطلق فیتناول محل النزاع و ظاهر المحقق الأردبیلی فی شرح الإرشاد المیل الی القول الأول مستندا

ص: ۳۵۵

۱- ۱) سوره الإسراء الآیه-۲۹.

الی تصدق أمیر المؤمنین علیه السلام الذی نزلت فیه سوره«هل أتی»حیث ورد بأنهم صاموا ثلاثه أیام طاوین لم یذوقوا الا الماء القراح،و القصه مشهوره.

و ما روی

فی وصیه رسول الله صلی الله علیه و آله لأمیر المؤمنین

«علیه السلام» (۱)حیث قال فیها:«و أما الصدقه فجهدک حتی یقال أسرفت و لم تسرف،ثم قال:و لا سرف فی الخیر». مشهور.

و الروایات و الاخبار الداله علی الإنفاق و الترغیب الیه و الترهیب علی ترکه لا تعد و لا تحصی کثره (۲)ثم أطال بأمثال ذلک،و نقل کلام التذکره و اعترض علیه و قال فی المسالک أیضا:و من المستفیض خروج جماعه من أکابر الصحابه و بعض الأئمه علیهم السلام کالحسن علیه السلام من أموالهم فی الخیر.

أقول:لا یخفی علی من راجع الأخبار الوارده فی هذا المضار-و تتبعها من مظانها حق التتبع،و کذا الآیات القرآنیه-ضعف هذا القول المشهور،و أنه فی محل من القصور،لاستفاضتها و تکاثرها بالمنع عن ذلک،و عده إسرافا محرما.

و ها نحن نتلو علیک جمله مما وقفنا علیه لیظهر لک صحه ما ذکرناه،فمنها روایه اللحام المرویه

فی الکافی و تفسیر العیاشی (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لو أن رجلا أنفق ما فی یده فی سبیل من سبیل الله ما کان أحسن،و لا وفق للخیر،أ لیس الله تبارک و تعالی یقول «وَ لاٰ تُلْقُوا بِأَیْدِیکُمْ إِلَی التَّهْلُکَهِ وَ أَحْسِنُوا إِنَّ اللّٰهَ یُحِبُّ الْمُحْسِنِینَ» یعنی المقتصدین.

و صحیحه الولید بن صبیح (۴)قال:

«کنت عند أبی عبد الله علیه السلام فجاءه سائل فأعطاه،ثم جاء آخر فأعطاه،ثم جاء آخر فقال:یسع الله علیک،ثم قال:ان رجلا لو کان له مال ثلاثین أو أربعین ألف درهم،ثم شاء أن لا یبقی منها الا وضعها فی حق فیبقی لا مال له،فیکون من الثلاثه الذین یرد دعاءهم،قلت:

۱- ۱) الکافی ج ۳ ص-۳ الی ۱۱.

۲- ۲) الکافی ج ۳ ص-۳ الی ۱۱.

۳- ۳) الکافی ج ۴ ص ۱۰۰.

۴- ۴) الکافی ج ۴ ص ۵۳.

من هم؟قال:أحدهم رجل كان له مال فأنفقه فی وجهه،ثم قال:یا رب ارزقنی، فیقال له:أ لم أرزقک». و هما کما تری صریحا الدلاله فی المنع عن ذلک.

و ظاهرهما أن الإنفاق فی هذه الصوره معصیه،لاستدلاله«علیه السلام»فی الخبر الأول بقوله سبحانه (۱)«وَ لاٰ تُلْقُوا بِأَیْدِیکُمْ إِلَی التَّهْلُکَهِ» الذی لا خلاف فی تحریمه إیذانا بأن الصدقه هنا من قبیل ذلک،و قوله«علیه السلام»أنه ما أحسن یعنی بل أساء،و فی الثانی أنه یرد دعائه بذلک،و المعاصی هی التی تحبس الدعاء،کما ورد فی جمله من الاخبار.

و منها الآیات کقوله عز و جل (۲)«وَ الَّذِینَ إِذٰا أَنْفَقُوا لَمْ یُسْرِفُوا وَ لَمْ یَقْتُرُوا وَ کٰانَ بَیْنَ ذٰلِکَ قَوٰاماً» و قوله (۳)«وَ لاٰ تَجْعَلْ یَدَکَ مَغْلُولَهً إِلیٰ عُنُقِکَ وَ لاٰ تَبْسُطْهٰا کُلَّ الْبَسْطِ»

ففی صحیحه عبد الله بن سنان (۴)عن الصادق علیه السلام فی قوله تعالی (۵)

«وَ الَّذِینَ إِذٰا أَنْفَقُوا لَمْ یُسْرِفُوا وَ لَمْ یَقْتُرُوا وَ کٰانَ بَیْنَ ذٰلِکَ قَوٰاماً» فبسط کفه و فرق أصابعه و حناها شیئا،و عن قوله «وَ لاٰ تَبْسُطْهٰا کُلَّ الْبَسْطِ» فبسط راحته و قال هکذا،و قال:القوام ما یخرج من بین الأصابع و یبقی فی الراحه منه شیء».

و ما رواه

ابن أبی نصر فی الصحیح عن أبی الحسن علیه السلام (۶)قال:

«سألته عن قول الله عز و جل «وَ آتُوا حَقَّهُ یَوْمَ حَصٰادِهِ وَ لاٰ تُسْرِفُوا» قال:کان أبو عبد الله علیه السلام یقول:من الإسراف فی الحصاد و الجذاذ أن یصدق الرجل بکفیه جمیعا و کان أبی إذا حضر شیئا من هذا فرأی أحدا من غلمانه یتصدق بکفیه صاح به أعط بید واحده،القبضه بعد القبضه،الضغث بعد الضغث من السنبل».

۱- ۱) سوره البقره الآیه ۱۹۵.

۲- ۲) سوره الفرقان الآیه-۶۷.

۳- ۳) سوره الإسراء الآیه-۲۹.

۴- ۴) الکافی ج ۴ ص ۵۶.

۵- ۵) الکافی ج ۴ ص ۵۶.

۶- ۶) الوسائل الباب ۱۶ من أبواب زکاه الغلات.

و فی الحسن عن ابن أبی عمیر عن هشام بن المثنی (۱)قال:

«سأل رجل أبا عبد الله علیه السلام عن قول الله عز و جل (۲)«وَ آتُوا حَقَّهُ یَوْمَ حَصٰادِهِ وَ لاٰ تُسْرِفُوا إِنَّهُ لاٰ یُحِبُّ الْمُسْرِفِینَ» فقال کان فلان بن فلان الأنصاری سماه و کان له حرث و کان إذا أخذ یتصدق به، و یبقی هو و عیاله بغیر شیء فجعل الله ذلک سرفا».

و مما یدل أیضا علی ذلک بأوضح دلاله الحدیث المروی

عن الصادق علیه السلام فی الکافی (۳)فی باب دخول الصوفیه علی أبی عبد الله علیه السلام

«و إنکاره علیهم فیما یأمرون به الناس من خروج الإنسان من ماله بالصدقه علی الفقراء و المساکین». الی غیر ذلک من الاخبار التی یقف علیها المتتبع البصیر و لا ینبئک مثل خبیر هذا.

و أما ما استندوا إلیه فی هذا المقام فبعضه قابل للحمل علی عدم التصدق بجمیع المال،و أصرح ما یدعونه تصدق أمیر المؤمنین علیه السلام بالأرغفه و الجواب عنه الاختصاص بهم(صلوات الله علیهم)إذا شاؤا جمعا بین الاخبار،علی

أن المروی (۴)عن الحسن علیه السلام:

انما هو قاسم ربه ماله حتی النعل،. لا أنه خرج منه کملا،کما ادعاه فی المسالک.

و القول بما ذکروه علی إطلاقه مستلزم لطرح هذه الاخبار التی ذکرناها و نحوها مع صحتها و صراحتها و تعددها مع اعتضادها بالآیات المذکوره و هو مما لا یلتزمه محصل کما لا یخفی.

المطلب الثانی فی الأحکام

اشاره

و فیه مسائل

الاولی [عدم ضمان السفیه لو باع حال السفه]

-الظاهر أنه لو باع السفیه فی حال السفه لم یضمن بیعه،

ص: ۳۵۸

۱- ۱) الکافی ج ۴ ص ۵۵.
۲- ۲) سوره الانعام الآیه-۱۴۱.
۳- ۳) الکافی ج ۵ ص ۶۵.

۴- ۴) الوسائل الباب-۵۴ من أبواب الصدقه.

و کذا لو وهب أو تصدق أو أقر بمال،و الضابط هو منعه من جمیع لتصرفات المالیه، و یصح طلاقه و خلعه و ظهاره،و إقراره بالنسب و ما یوجب القصاص،لانه لیس فی شیء من هذه ما یوجب تضییع المال الذی فسر به السفه.

نعم فی الإقرار بالنسب اشکال باعتبار أنه قد یوجب النفقه،فیرجع الی الإقرار بالمال،و لا یبعد أن یقال انه لما کان الإقرار بالنسب علی هذا التقدیر یوجب شیئین أحدهما إلحاق النسب،و هو لیس بمالی،فلا مانع من الحکم به.

و ثانیهما-الإنفاق،و هو مالی مثله ثبت بإقراره،فیحکم بالأول،دون الثانی، و حینئذ یجب ان ینفق علی من استلحقه من بیت المال،لانه معد لمصالح المسلمین و نقل عن الشهید قول بأنه ینفق علیه من ماله،لانه فرع علی ثبوت النسب، و لأن فی الإنفاق علیه من بیت المال إضرارا بالمسلمین،فکما یمنع من الإضرار بماله،فکذا یمنع من الإضرار بمال غیره.

و رد بأن إقراره انما ینفذ فیما لا یتعلق بالمال کما تقدم،و بیت المال معد لمصالح المسلمین،فکیف یقال:ان ذلک مضربهم،و إلا لأدی ذلک الی کل ما یؤخذ منه جزاء،و لانه لو قبل إقراره فی النفقه لأمکن أن یفعل ذلک وسیله إلی تضییع ماله، لان ذلک من مقتضیات السفه،و ینبغی أن یعلم أنه فی صوره الخلع لا یسلم الیه مال الخلع،لانه تصرف مالی و هو ممنوع منه.

و أما توکله لغیره فی البیع مثلا-فهو صحیح للأصل،و عموم أدله جواز التوکل، و صدق البیع فی محله عن اهله،و منعه من التصرف فی ماله-لاحتمال إضاعه المال- لا یستلزم منعه من مال غیره إذا کان باذن صاحبه،و یمکن أن یکون اجازه الولی أیضا کافیه علی تقدیر القول بصحه العقد الفضولی،و الا فلا.

الثانیه [اعتبار حکم الحاکم فی ثبوت السفه و زواله]

-هل یثبت الحجر علی السفیه بمجرد ظهور السفه،أم یتوقف علی حکم الحاکم؟و هل یزول بزوال سفهه،أم یتوقف علی حکم الحاکم؟أقوال:و وجه علل التوقف علی حکم الحاکم فی الموضعین،أن الحجر حکم شرعی لا یثبت و لا یزول الا بدلیل شرعی،و أن السفه أمر خفی،و الانظار فیه یختلف،فناسب کونه

منوطا بنظر الحاكم.

و هذا القول مختار المحقق فی الشرائع،و هو قول الشیخ فی المبسوط، (۱)و علل القول بعدم التوقف فی الموضعین بأن المقتضی للحجر هو السفه،فیجب تحققه،فإذا ارتفع زال المقتضی فیجب أن یزول،و لظاهر قوله تعالی (۲)«فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ» حیث علق الأمر بالدفع علی إیناس الرشد، فلو توقف معه علی أمر آخر لم یکن الشرط صحیحا،و مفهوم الشرط حجه عند المحققین،و المفهوم هنا ان مع عدم إیناس الرشد لا یدفع إلیهم،فدل علی أن وجود السفه و زواله کافیان فی إثبات الحجر و دفعه،لان السفه و الرشد متقابلان، و لظاهر قوله تعالی (۳)«فَإِنْ كانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً» الایه أثبت علیه الولایه بمجرد السفه،فتوقفها علی أمر آخر یحتاج الی دلیل،و الآیه الأخری تساق لرفعه کما مر.

و هذا القول مختار شیخنا الشهید الثانی فی المسالک،و الروضه للتعلیل المذکور هنا،و هو الأقرب،لأن المفهوم من الدلیل آیه و روایه أن الحجر و عدمه دائر مدار تحقق السفه و عدمه،و سیأتیک الروایات فی المقام إنشاء الله تعالی، و لا دلاله فی شیء منها علی حکم الحاکم لا فی الحجر و لا فی زواله و ظاهر الشهید فی شرح الإرشاد المناقشه فی دلاله الآیه الأولی حیث قال:و لقائل أن یقول:إیناس الرشد شرط فی زوال الحجر عن الصبی ابتداء فلا یلزم کونه شرطا

۱- ۱) حیث قال:حجر السفیه لا یثبت الا بحکم الحاکم،و لا یزول الا بحکم الحاکم کذا نقله فی المختلف ثم نقل عن ابن حمزه أنه ان صلح السفیه انفک الحجر، ثم قال:و الأقرب الأول لنا أنه علی حکم شرعی یثبت فلا یزول الا بدلیل شرعی و فیه ما عرفت فی الأصل-منه رحمه الله.

۲- ۲) سوره النساء الآیه-۶.

۳- ۳) سوره البقره الآیه-۲۸۲.

فی السفیه بعد زوال الحجر عنه.

و ظنی أن هذه المناقشه لیست فی محلها،فإنه و ان کان الأمر کما ذکره من أن مورد الآیه انما هو الحجر علی الصبی ابتداء،لکن من المعلوم الظاهر عند التأمل بالفکر الصائب أن التعلیق علی الرشد هنا انما هو من حیث کونه فی حد ذاته مناطا لصحه التصرف حیثما کان،لا من حیث خصوصیه الصبی،حتی یتم قوله فلا یلزم کونه شرطا فی السفه،و علی هذا بنی الاستدلال بالآیه المذکوره.

و قال المحقق الأردبیلی(قدس سره)فی شرح الإرشاد-بعد قول المصنف و یثبت حجر السفیه بحکم الحاکم لا بمجرد سفهه علی اشکال-ما لفظه:المراد ثبوت حجر السفیه بالمعنی المتقدم بعد أن صار رشیدا و زال حجره،ثم صار سفیها بحیث لو کان قبله کان ممنوعا و محجورا،هکذا ینبغی التقیید،فالظاهر أنه لا نزاع فی أنه یثبت الحجر علی السفیه المتصل سفهه بعدم البلوغ بمجرد السفه،و عدم توقفه علی حکم الحاکم،و کذا زواله بزواله من دون الحکم،للایه بل الإجماع علی ما فهم من شرح الشهید و لما سیأتی،فتأمل فقیل:المشهور توقفه علی حکم الحاکم و حجره،و هو مذهب المصنف فی التذکره،للأصل«و تسلط الناس علی أموالهم»عقلا و نقلا (1)و شمول أدله التصرفات تصرفه الذی فعله فی زمان سفهه من الکتاب و السنه،و صدقها علیه حینئذ، و لعدم الدلیل من الکتاب و السنه الا علی استصحاب السفه الی ان یرشد،و أما الحادث بعده فلا،و هذا دلیل قوی،و یؤیده الإجماع علی عدم تحققه فی المفلس الا بعده.

و یؤیده أیضا الشریعه السهله،فإنه ان کان مجرد السفه حجرا أشکل المعاملات و الأنکحه فان غالب الناس مجهول الحال أو معلوم السفاهه انتهی.

أقول:ظاهر کلامه أن محل الخلاف انما هو حدوث السفه بعد بلوغه رشیدا، و الا فلو کان متصلا بالصغر،فإنه لا خلاف هنا بأنه یحکم بالحجر علیه بمجرد السفه،و لا یتوقف علی حکم الحاکم،و أنت خبیر بان الظاهر من کلام الأصحاب

1- 1) البحار ج 272 ط جدید.

ان محل الخلاف ما هو أعم من الأمرين،و ما نقله عن شرح الشهيد من الإجماع على ما ادعاه.

و الظاهر انه أشار به الى شرحه على الإرشاد،كما يشير إليه دائما،فلم أقف عليه فى الكتاب المذكور،و لم يتعرض لهذه المسأله بالكليه،بل ظاهر عبارته مثل عبارات غيره انما هو العموم،لأنهم جعلوا العنوان فى الخلاف السفيه بقول مطلق،كما عنونا به المسأله،و هو أعم من أن يكون متصلا بالصغر أو منفصلا،غايه الأمر أنهم لم يبحثوا عنه فى حال الصغر متى كان متصلا،اعتمادا على ثبوت الحجر بمجرد الصغر،فإنه أحد أسبابه كما عرفت،و انما بحثوا عنه بعد البلوغ،لزوال ذلك السبب الأول،و مرادهم ما هو أعم كما ذكرنا،و هذا التفصيل الذى ذكره لم أقف عليه الا فى كلامه.

و أما استناده الى الآيه فإن كان المراد بها قوله سبحانه «فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً» فقد عرفت-فى الجواب عما أورده الشهيد على الاستدلال بها فيما تقدم ما يدل على الجواب هنا-من أن التعليق على الرشد فى الآيه انما وقع من حيث ان الرشد حيث ما كان هو مناط صحه التصرف،و مفهومه انه مع عدم الرشد و هو السفه يجب الحجر،و لا دلاله فيها على ما ذكره من التفصيل بوجه.

نعم هى داله على الحجر بمجرد ظهور السفه من غير توقف على حكم الحاكم فى الصبى المتصل سفهه ببلوغه كما اخترناه،الا أن القائل بالتوقف على حكم الحاكم يقول به هنا أيضا و لكن الآيه حجه عليه،و الآيه أيضا داله بالتقريب الذى قدمناه على السفه غير المتصل،و أنه يثبت الحجر بمجرد السفه،لتعليق رفع الحجر على الرشد،و مفهومه ثبوت الحجر مع عدمه الذى هو السفه،و سياق الآيه فى اليتيم لا ينافى ذلك،لان التعليق فيها وقع على عله عامه له و لغيره،و دخوله تحتها انما هو من حيث العموم.

و أما ما اختاره من التوقف على حكم الحاكم و حجره فى موضع الخلاف، ففيه أن الظاهر من الآيه بالتقريب الذى ذكرناه أن الرشد شرط فى رفع الحجر حيثما

کـان،و حیث إن السـفه هو مـا یقابل الرشـد کما عرفت،فإنه یکون شـرطا فی الحجر حیثما کان،و أینما کان السـفه هو المقتضـی للحجر بالتقریب المـذکور،کان الحجر بمجرد حصول السـفه و لو لم یتحقق الحجر به لم یکن مقتضـیا،و قد عرفت أنه مقتض، و هذا خلف.

و حینئـذ فلاـ وجه للتوقف علی حکم الحـاکم،و مـا اسـتدل به من الأـدله التی أطال بها فغایتها ان یکون مطلقه داله علی ما ذکره بإطلاقهـا،و مـا اسـتدلنا به خـاص، فیجب تقـدیمه کمـا هو القاعـده،و تخصـیص تلـک العمومـات به،و أمـا تأیـده بالإجماع علی المفلس،ففیه أن ثبوت الحکم هناک بدلیل لا یستلزم إجراءه فیما لا دلیل علیه، بل الدلیل علی خلافه کما عرفت.

و أمـا تأیـده بالشـریعه السـهله و ان غـالب الناس مجهول الحال أو معلوم السـفاهه، ففیه أنه یجب المنع من معامله معلوم السـفاهه إجماعا،و أما مجهول الحال و هو الأغلب فی الناس فلا مانع منه إذ المقتضی للمنع کما عرفت هو وجود السفاهه و الأصل عدمها حتی تثبت،فعـده مجهول السـفاهه فی قرن معلوم السـفاهه غلط محض،و بالجمله فالظاهر ان کلامه(قـدس سـره)فی هذا المقام لا یخلو من مجازفه و مسامحه.

إذا عرفت ذلـک فـاعلم أن فی المسـأله قـولین آخرین أحـدهما عـدم توقـف ثبوته علی حکم الحـاکم،و توقف زواله علیه،و هو مذهب الشهید فی اللمعه،و علل الأول بأن المقتضی له هو السفه،فیجب تحققه بتحققه،و لظاهر قوله عز و جل (۱)«فَإِنْ کانَ الَّذِی عَلَیْهِ الْحَقُّ سَفِیهاً» حیث أثبت الولایه علیه بمجرد السفه.

و علـل الثـانی بـأن زوال السـفه یفتقر الی الاجتهـاد و قیام الأمارات،لأنه أمر خفی فیناط بنظر الحاکم،و لا یخفی ما فی الأخیر من الضعف،و عدم صلوحه لتأسیس حکم شرعی.

و ثانیهمـا عکسه،قـال فی المسالک:قیل ان به قائلا و لا نعلمه.نعم فی التحریر جزم بتوقف الثبوت علی حکمه،و توقف فی الزوال بحکمه:انتهی.

ص :۳۶۳

۱- ۱) سوره البقره الآیه ۲۸۲.

أقول:و فی الإرشاد استشکل فی ثبوت الحجر،و جزم فی زواله بالتوقف علی حکم الحاکم فهو عکس ما فی التحریر.

إذا عرفت ذلک فاعلم أن الذی وقفت علیه من الاخبار المتعلقه بهذا المقام ما رواه

الشیخ فی التهذیب (۱)فی تفسیر قوله عز و جل «فَإِنْ کانَ الَّذِی عَلَیْهِ الْحَقُّ سَفِیهاً أَوْ ضَعِیفاً» عن الصادق علیه السلام قال:

«السفیه الذی یشتری الدرهم بأضعافه،و الضعیف الأبله».

و فی تفسیر العیاشی عنه (۲)علیه السلام

«السفیه شارب الخمر،و الضعیف الذی یأخذ واحدا باثنین».

و روی العیاشی فی تفسیر قوله (۳)عز و جل «وَ لا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَکُمُ» الایه عن الصادق علیه السلام قال:

«هم الیتامی لا تعطوهم حتی تعرفوا منهم الرشد،قیل:

فکیف یکون أموالهم أموالنا؟فقال:إذا کنت أنت الوارث لهم».

و فی خبر (۴)

کل من یشرب الخمر فهو سفیه».

و فی الفقیه عن الباقر

«علیه السلام» (۵)أنه سئل عن هذه الآیه،قال:«السفهاء و الولد،إذا علم الرجل أن امرأته سفیهه مفسده و ولده سفیه مفسد،لا ینبغی له أن یسلط واحدا منهم علی ماله الذی جعل الله له قیاما»الحدیث.

و فی خبر آخر (۶)عن أبی جعفر(علیه السلام)فی هذه الآیه

«قال لا تؤتوها شراب الخمر،و لا النساء، ثم قال:و أی سفیه أسفه من شارب الخمر». و فی مجمع البیان«اختلف فی معنی

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۲.
۲- ۲) الوسائل الباب-۴۶ من أبواب أحکام الوصایا الرقم-۸.
۳- ۳) الوسائل الباب-۴۵ من أبواب أحکام الوصایا الرقم-۱۰ و ۸.
۴- ۴) الوسائل الباب-۴۵ من أبواب أحکام الوصایا الرقم-۱۰ و ۸.
۵- ۵) المستدرک ج ۲ ص ۴۹۰ و فیه عن علی بن إبراهیم.

۶- ۶) الفقيه ج ۴ ص ۱۶۸.

السفهاء على أقوال:أحدها-أنهم النساء و الصبيان،و رواه أبو الجارود (۱)عن أبى جعفر(عليه السلام)، و ثانيها-أنه عام فى كل سفيه من صبى أو مجنون أو محجور عليه للتبذير».

و قريب منه ما روى (۲)

عن أبى عبد الله(عليه السلام)

«أنه قال:ان السفيه شارب الخمر و من جرى مجراه»الى آخره.

و روى فى الفقيه فى تفسير قوله تعالى «فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً» (۳)عن الصادق (عليه السلام)

«إيناس الرشد حفظ المال».

و روى فى المجمع عن الباقر(عليه السلام) (۴)

«الرشد:العقل و إصلاح المال».

و القمى فى تفسيره عنه(عليه السلام)

«فى هذه الآيه قال:من كان فى يده مال بعض اليتامى فلا يجوز له أن يعطيه حتى يبلغ النكاح و يحتلم،فإذا احتلم وجب عليه الحدود و اقامه الفرائض،و لا يكون مضيعا،و لا شارب خمر،و لا زانيا،فإذا آنس منه الرشد دفع اليه المال،و أشهد عليه،و ان كانوا لا يعلمون أنه بلغ فإنه يمتحن بريح إبطه،أو نبت عانته،فإذا كان كذلك فقد بلغ،فيدفع اليه ماله إذا كان رشيدا،و يجوز أن يحبس عنه ماله و يعتل عليه انه لم يكبر بعد».

و روى فى الكافى عن أبى الجارود (۵)قال:

«قال أبو جعفر«عليه السلام»:

إذا حدثتكم بشىء فسلونى من كتاب الله،ثم قال:و فى حديثه ان الله نهى عن القيل و القال:و فساد المال و كثره السؤال فقيل:يا بن رسول الله و أين هذا من كتاب الله؟

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۵۲۵.
۲- ۲) الوسائل الباب-۴۶ من أبواب أحكام الوصايا الرقم-۲.
۳- ۳) الفقيه ج-۴ ص ۱۴۶.
۴- ۴) المستدرک ج ۲-۴۹۶.

٥- ٥) التهذيب ج ٧ ص ٢٣١ الكافی ج ٥ ص ٣٠٠.

قال:ان الله يقول (۱)«لاٰ خَيْرَ فِی کَثِيرٍ مِنْ نَجْوٰاهُمْ إِلاّٰ مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلاٰحٍ بَيْنَ النّٰاسِ» و قال (۲)«وَ لاٰ تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَکُمُ الَّتِی جَعَلَ اللّٰهُ لَکُمْ قِيٰاماً» و قال (۳)«لاٰ تَسْئَلُوا عَنْ أَشْيٰاءَ إِنْ تُبْدَ لَکُمْ تَسُؤْکُمْ» .

أقول:يستفاد من هذه الاخبار بعد ضم بعضها الى بعض أن السفه مقابل للرشد، كما ذكره الأصحاب،و أن مجرد السفه موجب و مقتض لعدم الدفع الى من اتصف به،لان قوله سبحانه «لاٰ تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَکُمُ» اما أن يراد به أموالهم كما عرفت من خبر العياشى المذكور،أو ما هو الظاهر من الآيه كما يدل عليه غيره،و النهى عن إعطائهم انما هو من حيث السفه،لان التعليق على الوصف يشعر بالعليه،فيكون المعنى لا تدفعوا الى السفهاء أموالهم أو أموالكم من حيث اتصافهم بالسفه.

و منه يعلم أنه العله فى المنع و المقتضى له و هو الظاهر من جمله الأخبار المذكوره و به يظهر قوه القول الذى اخترناه من الحكم بالحجر بمجرد السفه، و عدم التوقف على حكم الحاكم،و أنه يزول أيضا الحجر بزواله،لانه متى زالت العله زال معلولها.

و منها يعلم أيضا أن الرشد مناط صحه التصرف حيث ما كان،و ذكره فى الايه أعنى قوله «فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً» انما وقع من حيث كونه كذلك،فان قوله عليه السلام إيناس الرشد حفظ المال،و فى الروايه الأخرى الرشد العقل و إصلاح المال، انما هو تفسيره للرشد فى حد ذاته،لا لخصوصيه رشد الصبى.

و يستفاد أيضا من قوله عليه السلام فى روايه القمى-فيمن يجهل حال بلوغه،فإنه يمتحن بريح إبطيه،و نبت عانته،و إذا كان كذلك فقد بلغ-أن نبت العانه علامه على البلوغ،لا على سبقه،كما قيل.

و ظاهر الاخبار المذكوره هو ترتب السفه على مجرد تضييع المال و إفساده، و اما اعتبار كون ذلك ملكه كما تقدم ذكره،فهو غير ظاهر منها.

ص:۳۶۶

۱- ۱) سوره النساء الآيه-۱۱۴.

۲- ۲) سوره النساء الآيه-۵.

۳- ۳) سوره المائده الآيه-۱۰۱.

و ظاهرها ايضا حصول السفه بارتكاب بعض المعاصى،كشرب الخمر و الزنا،و ان لم يتضمن تضييع المال،و لم أطلع على قائل به،الا أن يحمل على ما يتضمن التضييع و فيه بعد.

و حمل بعض أصحابنا السفه الوارد فى الاخبار فى شارب الخمر على معنى غير المعنى المذكور هنا،و كأنه أراد به الفسق،و هو غير بعيد الا ان فى بعض الاخبار فى تفسير الآيه و هى قوله «وَ لاٰ تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَكُمُ» تفسيرها بشارب الخمر، فلا يتم ما ذكره.

و ظاهر كلام العلامه فى التذكره-المتقدم نقله فى المقام الثالث من الموضع الأول فى الصغر-أن ما لا يتضمن تضييع المال من المعاصى كمنع الزكاه و ترك الصلاه و نحوهما لا يعد سفها مع حفظ المال.

الا أن فى المقام اشكالا قل من تنبه له،و هو أنه قد دلت الاخبار على جواز معامله الظلمه و الحكام،و أخذ جوائزهم و عطاياهم،و قد تقدم نقل جمله من الاخبار بذلك و قبول الأخماس و الزكوات منهم،و نحو ذلك مع انه لا إشكال فى ثبوت السفاهه فى حقهم بصرف الأموال فى غير حلها،مثل شراء الخمر و آلات اللهو و صرف الأموال إلى المغنين،و أصحاب اللهو و اللعب كما شاهدناه فى زماننا،و صرف الأموال رياء و سمعه و نحو ذلك من المصارف المحرمه.

و مقتضى ذلك الحكم بسفاهتهم و عدم جواز معاملتهم،و لأصحاب و الاخبار على خلافه،و أن غايه ما حكم به الأصحاب الكراهه،تفاريا من طرح الأخبار الداله على جواز ذلك،و أيضا أن الأصحاب صرحوا بأن الرشد شرط فى صحه المعاملات كما هو ظاهر الآيه المتقدمه.

و حينئذ فلا بد من تحققه،و العلم به فى صحه المعامله،تحقيقا للشرطيه، و على هذا فمن دخل سوقا ليشترى متاعا سيما إذا كان غريبا كيف له بمعرفه ذلك، و العلم به أولا لتصح معاملته،مع أنه شرط إجماعا،و مقتضى الأصل العدم،حتى يعلم ذلك.

ص: ٣۶٧

اللهم الا- أن يقال:ن البناء هنا على الظاهر دون الأصل،باعتبار حمل أفعال المسلمين على الصحه،كما ورد فى جمله من الاخبار من الأمر بحسن الظن بالمؤمن، حتى أن الفقهاء جعلوا هذا أصلا من الأصول المتداوله فى كلامهم،و بنوا عليهم فروعا كثيره،الا أن هذا انما يحسم ماده الإشكال الثانى،دون الأول.و الله العالم.

الثالثه [بطلان البيع بعد ثبوت الحجر على السفيه]

-إذا ثبت الحجر على السفيه فباعه انسان كان البيع باطلا-فان كان المبيع موجودا فلصاحبه استعادته،قالوا:و لا فرق فى جواز استعادته مع وجوده بين كون من باعه عالما بالسفه أو جاهلا،لان البيع فى نفسه باطل،فله الرجوع فى ماله متى وجده،و ان تلف و كان القبض باذن صاحبه مع كونه عالما بالسفه،فان تلفه من مال صاحبه،لانه سلطه عليه مع علمه بأنه محجور عليه،و ان فرض فك الحجر عنه بعد ذلك،لأنه إذا لم يلزم حال الإتلاف لا يلزم بعد الفك.

و بالجمله فإن العلم بوجود السفه مانع من العوض،فإذا تلف و الحال هذه ففك الحجر بعد ذلك لا أثر له فى ضمانه،أما لو تلف و الحال أن البائع جاهل بالسفه فالمشهور أن حكمه كذلك.

قيل:و وجهه أن البائع تصرف فى معاملته قبل اختبار حاله،و علمه بأن العوض المبذول منه ثابت أم لا،فهو مضيع لماله،و لا يخفى ما فى هذا التعليل العليل من الضعف،فإنه لا قائل بتوقف صحه البيوع على اختيار البائع أو المشترى بكونه محجورا عليه أم لا،بل و الأصل عدم ذلك و قد تقدم فى سابق هذه المسأله ما يؤيده،و ظهور المانع بعد ذلك لا يوجب ما ذكروه،و لهذا ان العلامه فى التذكره نقل عن بعض الشافعيه أن السفيه إذا أتلف المال بنفسه ضمن بعد رفع الحجر،ثم قال:و لا بأس به،و مراده مع الجهل، و الا فمع العلم لا خلاف و لا إشكال فى كون تلفه من صاحبه،و أما إذا كان السفيه قد قبضه بغير اذن صاحبه و أتلفه،فإنه يضمنه مطلقا،سواء كان البائع عالما أو جاهلا، لان البيع كما عرفت فاسد،فلا يقتضى الاذن فى القبض،فيدخل فيمن تصرف فى مال غيره بغير اذن،كما لو غصب مالا أو أتلفه بغير اذن مالكه،فإنه يضمنه

و لو أذن الولی للسفیه فی البیع،قال الشیخ فی المبسوط:لا یصح،و تبعه ابن البراج و نقل العلامه القول بالصحه فی المختلف عن بعض علمائنا،و قال:انه الأقوی،و احتج علیه بأن المقتضی للصحه و هو صدور البیع من أهله فی محله موجود،و المانع و هو السفه مفقود،إذ التقدیر الاذن،فأمن من الانخداع،فیثبت الحکم انتهی و هو جید.

و لو أودعه شخص ودیعه فأتلفها،فقیل:بأنه لا ضمان علیه،و اختاره المحقق فی الشرائع،و علل ذلک بتفریط المودع بإعطائه،و قد نهی الله عن ذلک بقوله «وَ لاٰ تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَکُمُ» فیکون بمنزله من ألقی ماله فی البحر و قیل:انه یضمن إذا أتلفها أو تلفت بتفریطه،و اختاره العلامه فی التذکره،و شیخنا الشهید الثانی فی المسالک،و احتج علی ذلک بأن المالک لم یسلطه علی الإتلاف،و انما أمره بالحفظ فقد حصل منه الإتلاف بغیر اختیار صاحبها،کما لو غصب،و الحال أن السفیه بالغ عاقل،و الأصل عصمه مال الغیر الا بسبب،مع أن وضع الید حال الإتلاف غصب.

قالوا:و فی حکم الودیعه العاریه،و أیده المحقق الأردبیلی بعد ان استظهر بعموم دلیل الضمان،قال:و کونه سفیها و تسلیم مالکه إیاه لا یستلزم عدم الضمان لان له أهلیه الضمان و الحفظ،لانه بالغ عاقل،الا أنه تسامح فی ماله و ذلک غیر قادح فی أهلیته فلا یستلزم کون المالک هو المضیع و لهذا یجوز توکیله انتهی.

أقول:و یمکن تأیید القول الأول بأنه لا ریب فی دلاله الآیه المتقدمه علی النهی عن إعطاء السفیه الأموال،و من الظاهر أن تحریم ذلک انما هو من حیث تطرق التلف إلیها،و فواته من جهه السفه،و لو تم القول بالضمان المستلزم لعدم الفوات لم یکن لهذا النهی وجه بالکلیه،لأنه لا فرق بین أن یرده بعینه،أو عوضه من قیمه أو مثل،فلا یحصل هنا ضرر علی المودع و المعیر،فأی ثمره لهذا التحریم الذی دلت علیه الآیه و یمکن أیضا تأیید ذلک بما رواه

فی الکافی عن حریز فی الصحیح أو الحسن (۱)

ص:۳۶۹

۱- ۱) الکافی ج ۵ ص ۲۹۹.

قال: کان لاسماعیل بن أبی عبد الله(علیه السلام)دنانیر و ساق الخبر و مضمونه أنه أراد أن یستبضع رجلا-فنهاه أبوه(علیه السلام)عن ذلک لان ذلک الرجل کان یشرب الخمر،فخالف أباه فاستبضعه،فاستهلک ماله فحج أبو عبد الله(علیه السلام) و حج معه ابنه إسماعیل،فجعل یطوف البیت و یقول:اللهم أجرنی،و اخلف علی، فلحقه أبو عبد الله علیه السلام فهمزه بیده من خلفه.

فقال له:مه یا بنی،فلا و الله ما لک علی الله حجه،و لا لک أن یأجرک و لا یخلف علیک و قد بلغک أنه یشرب الخمر فائتمنته الی أن قال:و لا تأتمن شارب الخمر فان الله عز و جل یقول:فی کتابه (1)«وَ لاٰ تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَکُمُ» فأی سفیه أسفه من شارب الخمر ان شارب الخمر لا یزوج و لا یؤتمن علی أمانه فمن ائتمنه علی أمانه فاستهلکها لم یکن للذی ائتمنه علی الله عز و جل أن یأجره و یخلف علیه».

و التقریب فیه ان الظاهر من قوله علیه السلام انه لیس لمن ائتمن شارب الخمر لکونه سفیها أن یأجره الله و یخلف علیه هو أنه قد أتلف ماله بنفسه،و ضیعه بدفعه الی من کان کذلک کمن رمی ماله فی البحر فلیس له علی الله حق لتفریطه فی نفسه،و لا علی من دفعه الیه فهو غیر مستحق لشیء بالکلیه عقوبه له و مؤاخذه له بمخالفته الله سبحانه.

و لو کان المال مضمونا و الحق ثابتا فی ذمه ذلک السفیه کسائر الحقوق المضمونه فی ذمم المدیونین-لم یکن للمنع من الدعاء بخروجه،أو المعاوضه عنه بالأجر و الثواب وجه لانه حق ثابت کسائر الحقوق،یستحق التوصل الیه بکل وجه ممکن،و من وجوه التوصلات الدعاء مع عدم الحیله فی الوصول بغیره من الأمور الموجبه لذلک.

و بالجمله لو ثبت کونه حقا شرعیا فی ذمه من دفعه الیه لاستحق المعاوضه من- الله سبحانه علیه عقلا و نقلا،کسائر الحقوق التی تفوت علی أصحابها،و کیف

۱- ۱) سوره النساء الآیه-۵.

کان فالمسأله لا یخلو من شوب الاشکال.

قال العلامه فی التـذکره:و حکم الصبی و المجنون کما قلناه فی السـفیه من من وجوب الضـمان علیهما إذا أتلفا مال غیرهما بغیر اذنه أو غصبا فتلف فی یـدیهما، و انتفـاء الضـمان عنهما فیما حصل فی أیـدیهما باختیار صاحبه کالبیع و القرض،و أما الودیعه و العاریه إذا دفعها صاحبها إلیهما فتلف فلا ضمان علیهما،فإن أتلفاهما فالأقرب انه کذلک،و لبعض العامه وجهان انتهی.

و ظـاهر شـیخنا الشـهید الثـانی فی المسالـک بالنسـبه إلی الودیعه و العـاریه إذا دفعهمـا صاحبهما إلی الصبی و المجنون فتلفتا أو أتلفاهمـا بعـد ان ذکر أن فی ضـمانهما قولین:التفصـیل فی ذلـک،و الفرق بین التلف و الإتلاف،و أن الأجود الضـمان فی الثانی دون الأول.

و علـل بأن الضـمان باعتبار الإهمال انما یثبت حیث یجب الحفظ و الوجوب من باب خطاب الشـرع المتعلق بأفعال المکلفین،فلا یتعلق بالصبی و المجنون،و وجوب الضمان فی الثانی بأن إتلاف مال الغیر مع عدم الاذن فیه سبب فی ضمانه،و الأسباب من باب خطاب الوضع لا یتوقف علی التکلیف،قال:و منه یعلم وجه ضمان ما یتلف به من مال الغیر بغیر اذنه.

أقول عندی فیما ذکروه و حکموا به من الضمان علی الصبی و المجنون فی جمیع هذه من الصور المفروضه نظر،

لحدیث (۱)

«رفع القلم عن الصبی حتی یبلغ،و المجنون حتی یفیق». و ظـاهر رفع التکلیف و المؤاخـذه بحقوق الله(سـبحانه) و حقوق الناس و أن کلما یفعلانه فهو فی حکم العدم.

و لو قیل-ان المراد برفع القلم انما هو بالنسـبه إلی المؤاخذه،و المعاقبه فیما یفعلانه مخالفا للشـرع-قلنا:إیجاب الضمان علیهما فی الصور المذکوره ان تم فهو موجب للمؤاخذه،لان من أخذ بما أوجب الله علیه استحق المؤاخذه

۱- ۱) الوسائل الباب ۴ من أبواب مقدمه العبادات الرقم ۱۱.

و المعاقبه،فاللازم اما سقوط وجوب الضمان الذی ادعوه أو حصول المؤاخذه و المعاقبه،و فی الأول رد لقولهم،و فی الثانی رد للخبر المتفق علی صحته،و أیضا فإن قوله فی المسالک بان الوجوب من باب خطاب الشرع المتعلق بأفعال المکلفین فلا یتعلق بالصبی و المجنون،یجری فی الحکم بوجوب الضمان علیهما فی هذه الصور التی ذکروها و الله العالم.

الرابعه [من ولی السفیه؟]

اشاره

-لا خلاف فی أن الولایه فی مال الصغیر و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ للأب و الجد له و ان علا،و أما السفیه فان ظاهر شیخنا الشهید الثانی فی المسالک،ان المشهور ان ولایته للحاکم،سواء تجدد سفهه بعد البلوغ رشیدا أو بلغ سفیها،قال:و وجهه علی تقدیر القول بتوقف الحجر بالسفه علی حکم الحاکم و رفعه علیه ظاهر،لکون النظر حینئذ إلیه،ثم نقل القول بأنه ان بلغ سفیها فالولایه للأب و الجد ثم وصی أحدهما ثم الحاکم و الصبی ان بلغ رشیدا ثم تجدد سفهه فأمره إلی الحاکم دونهما،قال:و هو أجود استصحابا لحکم ولایتهما فی الأول،و ارتفاعها فی الثانی فیحتاج عودها الی دلیل،و الحاکم ولی عام،لا یحتاج الی دلیل.نعم یتخلف إذا قدم علیه غیره و قد انتفی هنا.

أقول:ان من القائلین بتوقف الحجر و زواله علی حکم الحاکم العلامه فی جمله من کتبه،کالمختلف و التذکره،مع أنه قال فی التذکره:إذا بلغ الصبی لم یدفع الیه ماله،الا بعد العلم برشده،و یستدیم التصرف فی ماله من کان متصرفا فیه قبل بلوغه،أبا کان أو جدا أو وصیا أو حاکما أو أمین حاکم،فان عرف رشده انفک الحجر عنه،و دفع الیه المال،و هل یکفی بالبلوغ و الرشد فی فک الحجر عنه، أم یقتصر الی حکم الحاکم و فک القاضی؟الأقرب الأول،لقوله تعالی (۱)«فَإِنْ آنَسْتُمْ» و لزوال المقتضی للحجر کالمجنون،و لانه لو توقف علی ذلک،لطلب الناس عند بلوغهم فک الحجر عنهم من الحاکم،و لکان عندهم من أهم الأشیاء

۱- ۱) سوره النساء الآیه-۶.

الی آخره.

و هو ظاهر فی استمرار ولایه الأب و الجد علی من بلغ سفیها،مع أن مذهبه کما قدمنا نقله عنه،توقف الحجر و زواله علی حکم الحاکم،و ما ذاک الا من حیث تخصیصهم القول بالتوقف علی حکم الحاکم بصوره تجدد السفه بعد البلوغ،و أنه لا نزاع فی عدم توقف حجر السفیه علی حکم الحاکم،إذا کان السفه متصلا بالبلوغ،و حینئذ فتفریع ولایه الحاکم فی صوره اتصال السفه بالبلوغ علی القول بتوقف الحجر و زواله علی حکم الحاکم کما ذکره لا وجه له،مع أن ظاهر الآیه و الاخبار التی قدمناها انما هو استمرار ولایه الأب و الجد الثابته قبل البلوغ فی صوره اتصال السفه بالبلوغ،کقوله

فی روایه هشام بن سالم (۱)

«و ان احتلم و لم یونس منه رشد أو کان ضعیفا،أو سفیها فلممسک عنه ولیه». و هو الظاهر من قوله سبحانه «فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَیْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ» فإن مفهومه أنه مع عدم إیناس الرشد ان کان سفیها أو مجنونا لا یدفع الیه،و الخطاب للأولیاء حال الصغر،و هم الأب و الجد و من تفرع علیهما،بغیر خلاف الا مع عدم الجمیع (۲).

و بذلک یظهر لک ضعف القول المذکور.و ان کان هو المشهور.

بقی الکلام هنا فی مواضع

الأول [الولایه فی نکاح السفیه]

-قال فی المفاتیح فی باب النکاح:

تثبت الولایه فی النکاح للأب و الجد و ان علا علی الصغیر،للنصوص المستفیضه و علی السفیه و المجنون ذکورا کانوا أو اناثا مع اتصال السفه و الجنون بالصغر بلا خلاف.

و فیه أن دعوی عدم الخلاف-هنا بالنسبه إلی السفیه-یدفعه ما قدمنا نقله-

---

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۱۸۳.

۲- ۲) یعنی ان الولایه لهؤلاء دون الحاکم الا مع عدم الجمیع فإذا عدموا رجعت الولایه للحاکم-منه رحمه الله.

عن المسالک-من أن المشهور ان الولایه للحاکم علی السفیه مطلقا،اتصل سفهه بالبلوغ،أو تجدد بعده بل صرح بذلک هو نفسه فی الباب الخامس فی التصرف بالنیابه فقال بعد أن صرح بأن ولایه الصبی و المجنون للأب و الجد:ما لفظه قیل:و کذا حکم الولایه فی مال من بلغ سفیها استصحابا لولایه الأب و الجد،أما من تجدد سفهه بعد أن بلغ رشیدا و المفلس فولایتهما للحاکم لا غیر،و قیل:بل الولایه فی السفیه مطلقا للحاکم لا غیر،کالمفلس،و هو أشهر انتهی.

نعم المفهوم من کلام بعض الأصحاب فی کتاب النکاح أن هذا الإجماع انما هو فی المجنون خاصه،بمعنی انه ان بلغ مجنونا فان ولایته للأب و الجد بلا خلاف.

و به یظهر ان الظاهر ان لفظ السفیه هنا فی العباره المتقدمه وقع سهوا من قلمه، و أما حمل ذلک علی النکاح بالخصوص-دون المال کما ربما یتوهم من ذکر ذلک فی باب النکاح-فیرده ما یفهم من المسالک من أنه لا فرق فی هذا الخلاف بین المال و النکاح (۱).

الثانی-لو بلغ عاقلا ثم تجدد سفهه

فقد تقدم أن الولایه فیه للحاکم،و هو المشهور،و قیل:یعود ولایه الأب و الجد بعد زوالهما،قال:و کذا فی الجنون لو طرء بعد البلوغ و الرشد.

۱- ۱) حیث قال بعد قول المصنف ولایته یعنی الحاکم علی من بلغ غیر رشید أو تجدد فساد عقله:ما لفظه و أما من بلغ غیر رشید فإطلاق الولایه فیه للحاکم مشکل، لأن ولایه الأب و الجد مع وجودهما متحققه قبل البلوغ،و لا مانع من استصحابها، و الظاهر ان مراد المصنف ثبوتها للحاکم مطلقا،و ان ولایه الأب و الجد مخصوصه بالصغیر،و قد تقدم فی باب الحجر مثله فی ولایه المال،و المتجه التصفیه بینهما فی التفصیل باتصال السفه و تجدده،فیکون الولایه فی الأول للأب و الجد،و فی الثانی للحاکم مطلقا-منه رحمه الله.

قال:فی المفاتیح و ان طرأ الوصفان بعد البلوغ و الرشد ففی ثبوت ولایتهما قولان:و بذلک صرح فی الکفایه أیضا.

أقول:و المسأله خالیه من النص الظاهر،الا أن الأقرب بالنظر الی ما ذکروه من التعلیلات هو القول المشهور،لانه بعد زوال الولایه بالبلوغ و الرشد فرجوعها یحتاج الی دلیل.

و غایه ما یفهم من الآیات و الاخبار هو ثبوت الولایه علی الصغیر،و من اتصل جنونه أو سفهه بالصغر،و أما من تجدد له بعد البلوغ فلا دلیل علیه،و ولایه الحاکم ثابته علی الإطلاق،و المراد به الامام(علیه السلام)أو نائبه الخاص،أو العام و هو الفقیه الجامع للشرائط،فیدخل هذا الفرد تحت ذلک (۱).

الثالث [لو تعارض عقد الأب و الجد]

-قد عرفت فی صدر المسأله أن الولایه فی مال الصغیر و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ للأب و الجد و ان علا بلا خلاف و لا اشکال،و انما الإشکال فیما لو تعارض عقد الأب و الجد،بأن أوقعاه دفعه،فهل یقع باطلا لاستحاله الترجیح أو تقدم عقد الجد،أو عقد الأب؟أوجه:و الکلام فی ولایه المال،أما النکاح فسیأتی الکلام فی بابه إنشاء الله تعالی،و نقل عن التذکره فی هذا الباب:القول بتقدیم عقد الجد،و فی باب الوصایا من الکتاب المذکور قال:ان ولایه الأب مقدمه علی ولایه الجد،و ولایه الجد مقدمه علی ولایه الوصی للأب.

و بذلک صرح فی المسالک أیضا فی کتاب الوصایا فقال:الأمور المفتقره إلی الولایه،اما أن تکون أطفالا،أو وصایا،أو حقوقا،أو دیونا،فان کان الأول فالولایه فیهم لأبیه ثم لجده لأبیه،ثم لمن یلیه من الأجداد علی ترتیب الولایه الأقرب

۱- ۱) فقال:لو طرء الجنون بعد البلوغ و الرشد ففی ثبوت الولایه لهما أو للحاکم قولان:و قال فی السفه بعد ذکر حکم السفه المتصل بالبلوغ و الخلاف فیه:أما الطاری بعد البلوغ و الرشد المشهور انها للحاکم-منه رحمه الله.

فالأقرب منهم الى الميت،فان عدم الجميع فوصى الأب،ثم وصى الجد،و هكذا فان عدم الجميع فالحاكم،و الولايه فى الباقى غير الأطفال للوصى،ثم الحاكم انتهى.

هذا كلامه فى كتاب الوصايا و ظاهره الجزم به و مع أنه فى كتاب الحجر اقتصر على نقل الاحتمالات الثلاثه التى ذكرناها،و نقل كلام التذكره و لم يرجح شيئا فى البين،و الظاهر أن وصى الأب لا حكم له مع الجد،و به صرح فى التذكره، لأن ولايه الجد شرعيه،و ولايه الوصى جعليه،و لو تعدد الأجداد بوجود الأدنى و الأعلى،فإنه يأتى فيهم ما تقدم فى الجد و الأب من الأوجه الثلاثه كذا صرح فى المسالك فى هذا الكتاب،مع أن ظاهر كلامه الذى نقلناه فى كتاب الوصايا تقديم الأقرب فالأقرب من الأجداد إلى الميت.

الرابع-هل يعتبر العداله فى الأب و الجد؟

أكثر عبارات الأصحاب عاريه عن ذلك،قيل:و فى عباره القواعد و شرحه اشاره اليه،و الاخبار الداله على ولايتهما مطلقه،و الأصل عدمها حتى يقوم دليل واضح على ثبوتها،و هو اختيار جمله من محققى متأخرى المتأخرين و الظاهر من كلام الأصحاب أيضا و أما الوصى فالمشهور بين الأصحاب اعتبار العداله فيه،و ظاهر جمله من أفاضل متأخرى المتأخرين كالمحقق الأردبيلى و الفاضل الخراسانى عدم اعتبار ذلك،استنادا الى عموم الروايات الداله على اجراء حكم الوصى من غير اشتراط العداله،و كذا عموم ما دل على مضاربه الرجل بمال ولده،و الوكاله فيه من غير اشتراط العداله.

أقول:و يمكن أن يستدل على اشتراطها فى الوصى بما رواه

محمد بن إسماعيل (۱)فى الصحيح قال:ان رجلا من أصحابنا مات و لم يوص،فرفع أمره الى قاضى الكوفه فصير عبد الحميد بن سالم القيم بماله،و كان رجلا خلف ورثه صغار أو متاعا

۱- ۱) التهذيب ج ۹ ص ۲۴۰ و لكن عن سماعه.

و جواری،فباع عبد الحمید المتاع،فلما أراد بیع الجواری ضعف قلبه فی بیعهن، ان لم یکن المیت صیر الیه وصیته،و کان قیامه بهذا بأمر القاضی لأنهن فروج،قال فذکرت ذلک لأبی جعفر «علیه السلام»فقلت له:یموت الرجل من أصحابنا و لم یوص الی أحد،و یخلف جواری فیقیم القاضی رجلا منا لیبیعهن،أو قال:یقوم بذلک رجل منا فیضعف قلبه لأنهن فروج فما تری فی ذلک القیم؟قال:فقال:إذا کان القیم مثلک أو مثل عبد الحمید فلا بأس». و المراد المماثله فی الوثاقه و العداله

و روایه رفاعه (۱)قال:

«سألته عن رجل مات و له بنون صغار و کبار من غیر وصیه،و له خدم و ممالیک و عقار کیف یصنعون الورثه بقسمه ذلک المیراث؟قال:

ان قام رجل ثقه فقاسمهم ذلک کله فلا بأس».

و صحیحه عبد الرحمن بن الحجاج (۲)الوارده فی وصیه أمیر المؤمنین علیه السلام قال فیها:

«و ان حدث بالحسن و الحسین علیهما السلام حدث فإن الأخر منهما ینظر فی بنی علی،فان وجد فیهم من یرضی بهدیه و إسلامه و أمانته،فإنه یجعله ان شاء،و ان لم یر فیهم بعض الذی یرید،فإنه یجعله الی رجل من أبی طالب یرضی به،فان وجد آل أبی طالب قد ذهب کبراؤهم و ذوو آرائهم فإنه یجعله الی رجل یرضاه من بنی هاشم»الخبر.

و مورد هذا الخبر الوصی لکنه لا دلاله له علی العموم فی کل وصی،و بما یفرق بین الوصی و بین ما دل علیه الخبران الأولان،بأن الوصی قد عینه و ان کان غیر عدل،و فی تبدیله و عزله دخول تحت قوله تعالی (۳)«فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ» .

و فیه أن تبدیله و عزله انما وقع رعایه للموصی،و محافظه علی تنفیذ وصایاه، حیث أن الوصی لما کان غیر عدل فلا یؤمن منه التغییر و التبدیل،و الإخلال بتنفیذ

۱- ۱) التهذیب ج ۹ ص ۲۴۰ و لکن عن سماعه.
۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۲۷.
۳- ۳) سوره البقره الآیه ۱۸۱.

الوصايا كما أمر.

و الظاهر أن الاحتياط فی المقام أن یضم الحاکم الیه عدلا یکون ناظرا علیه فی تنفیذ الوصایا،و یستفاد من الخبرین الأولین الاذن لعدول المؤمنین فی تولی بعض الأمور الحسبیه المنوطه بالحاکم الشرعی،و به صرح الأصحاب أیضا.

الخامسه [حکم السفیه فی العبادات البدنیه و المالیه الواجبه]

-المفهوم من کلام جمله من الأصحاب ان السفیه حکمه فی العبادات البدنیه و المالیه الواجبه حکم الرشید فی وجوب الإتیان بهما،الا أنه لا یمکن من من صرف المال،و علی هذا فمتی کان الحج علیه واجبا فلیس للولی منعه،بل یجب علیه المبادره الیه،و علی الولی تولی الإنفاق علیه بنفسه أو وکیله،سواء زادت نفقته سفرا علی نفقه الحضر أم لا،و لا فرق فی ذلک بین حجه الإسلام أو حج النذر إذا کان النذر سابقا علی الحجر.

و أما لو أراد الحج ندبا فإنهم اشترطوا فیه أن لا یزید نفقته سفرا عن نفقته حضرا لعدم الضرر.

و لاـ أعرف لهذا الشرط وجها إذا کان الولی هو أو وکیله المتولی الإنفاق علیه،و الضرر انما یتطرق بتمکینه من النفقه علی نفسه،علی انه من الظاهر البین أن نفقه السفر یزید علی نفقه الحضر غالبا،لما یحتاج الیه من الدواب،و الغرم کما هو المشاهد المعلوم فی جمیع الأزمان،و حینئذ فکیف یمنع من هذا الثواب العظیم المرتب علی الحج،و هو مکلف عاقل لا مانع سوی السفه الذی هو عباره عن صرف المال فی غیر محله،و هو هنا مندفع بتولی الولی أو وکیله لذلک،و المسأله المذکوره غیر منصوصه کما اعترف به فی المسالک، لیجب الوقوف فیها علی ما ذکروه،و العجب انهم قالوا:کما تقدم نقله عنهم أنه یجوز للإنسان أنه یتصدق بجمیع أمواله،و ینفقها فی الخیرات و الطاعات و لا یکون ذلک سفها مع ما فیه من الضرر العظیم،و یمنعون هنا من زیاده نفقه السفر،لکون ذلک ضررا.

و الی ما ذکرناه یمیل کلام المحقق الأردبیلی أیضا کما أشار إلیه بقوله:

الظاهر عدم منعه من المندوب أيضا،كمثل ما مر،و ان استلزم صرف المال زائدا على الحضر،على أن ما ذكروه من عموم الحجر-على وجه يتناول منعه من فعل الطاعات،و القربات المستحبه و النذر و نحو ذلک فی محل المنع،فإن غایه ما یفهم من الاخبار و الآیات التی تقدم ذکرها،هو أنه لسفهه لا یمکن من المال خوفا أن یصرفه فی المصارف الغیر الشرعیه.

و حینئذ فلو أراد أن یتصدق بصدقه أو یبنی مسجدا أو نحو ذلک،علی وجه لا یدفع المال الیه،فما المانع منه،حتی انهم یحکمون بالحجر فیه و فی أمثاله، فإنه عاقل کامل داخل تحت الخطاب بتلک الأخبار الداله علی استحباب الصدقه، و فعل الخیر و بذل المعروف،و تخصیص هذه الأخبار بأخبار الحجر لیس اولی من العکس،بل العکس أولی،فإن غایه ما یتمسکون به کونه سفیها،و مجرد السفه من حیث هو لا یصلح للمنع من ذلک کالفاسق.

نعم الذی یقتضیه السفه هو الحجر علیه فی المال،لئلا یصرفه فی غیر المصارف الشرعیه من وجوه السفه،و الفرض هنا أنه انما صرف فی المصارف الشرعیه التی لیست بسفه علی وجه لم یدفع الیه المال بنفسه (۱).

و بالجمله فإن دعوی عموم الحجر علی وجه یتناول ما ذکرناه و أمثاله ممنوعه، لا أعرف علیها دلیلا،ثم انهم قالوا أیضا:أنه إذا حلف انعقدت یمینه،لانه لا تعلق له بالمال،و مثله لو نذر أو عاهد علی وجه لا تعلق له بالمال،أما لو کان النذر أو

۱- ۱) و ان قوله علیه السلام فی بعض تلک الأخبار إذا علم الرجل أن أقرانه سفیهه مفسده و ولده سفیه لا ینبغی له أن یسلط واحدا منهم علی ما حوله،ان النهی من تسلیطهم انما هو لخوف وقوع صرفه فی الفساد و هو الأمور غیر المشروعه،و کذا قوله فی آخر لا یعطوهم حتی تعرفوا منهم الرشد،انما هو خوف صرف المال فی تلک الأمور الممنوع منهما شرعا،و حینئذ فلا تعلق لذلک بما لو تصدق بمال و نحوه من وجوه الطاعات علی وجه یکون صرف المال فیه بواسطه الولی من غیر أن یدفع المال إلیه،فإنه من أفعال العقلاء و ذوی الرشد فلا مانع منه.منه رحمه الله.

العهد متعلقا بالمال كأن نذر أن يتصدق بمال مثلا،فان كان معينا بطل النذر،و ان كان فى الذمه روعى فى انعقاده زوال السفه.

و إذا حلف و حنث فى يمينه فإنه يجب عليه الكفاره قطعا،لانه بالغ عاقل، الا أنه يبقى الإشكال فى تعين التكفير بالصوم،لانه محجور عليه المال،فيصير كالعبد و الفقير،أو جواز التكفير بالمال؟نظرا الى أن الكفاره تصير واجبه عليه،و هو مالك للمال،فيخرج من المال،كما يجب أخرج الزكاه و الخمس و مؤنه الحج الواجب،و الكفاره التى قد سبق وجوبها الحجر قولان:

و بالأول صرح العلامه فى جمله من كتبه،و ظاهر المحقق فى الشرائع التردد فى المسأله لما ذكرنا من تعارض الوجهين المذكورين،و ظاهره فى المسالك الميل الى القول الأول،و أجاب عن دليل الثانى قال:و يضعف بأن هذه الواجبات ثبت عليه بغير اختياره،فلا تصرف له فى المال،و انما الحاكم به الله تعالى،بخلاف الكفاره فى المتنازع فان سببها مستند الى اختياره،و مخالفته لمقتضى اليمين،فلو أخرجها من المال أمكن جعل ذلك وسيله له الى ذهابه،لان مقتضى السفه توجيه صرفه الى ما لا ينبغى انتهى.

أقول:فيه ما عرفت من أنه لا دليل على ما ادعوه فى هذا المقام،بل الدليل على خلافه ظاهر من أخبارهم عليهم السلام و ذلك فإنه متى حلف أو نذر أو عاهد دخل تحت الأخبار الداله على وجوب الوفاء بهذا الأشياء و ما يترتب عليها،لانه مكلف و سفهه لم يسقط عنه التكليف.

و غايه ما يوجبه السفه منعه من الصرف فى المال بغير الوجوه المشروعه، لا مطلقا كما ادعوه،فانا لم نقف لهم فيه على دليل،بل ظاهر الآيه و الاخبار المتقدمه انما هو ما قلناه على أنا لا يجوز دفع المال اليه فيما يتوقف على المال فى هذه الأمور، بل المتولى لصرفه هو وليه الذى بيده المال.

و التحقيق انه قد تعارض هنا أدله وجوب الوفاء بهذه الأمور،و ما يترتب عليها كما فى غيره من المكلفين،و أدله الحجر و تخصيص أحد الدليلين بالاخر يحتاج

الی مخصص،فبأی جهه قدموا العمل بأدله الحجر،و خصصوا بها تلک الأدله، مع أن الأمر عند النظر بعین التحقیق انما هو بالعکس،فإن أدله الحجر کما عرفت لا عموم فیها،کما یدعونه علی وجه تشتمل هذه الأمور و نحوها،و حینئذ فیجب العمل بتلک الأخبار الداله علی وجوب الوفاء لهذه الأمور و ما یترتب علیها، و بذلک یظهر لک أن حکمهم بکون النذر بالصدقه بمال معین باطلا،و کذا کونه موقوفا لو نذر التصدق بمال فی الذمه فی محل المنع،لعدم الدلیل علیه مع قیام الأدله علی الصحه کما عرفت.

و الاستناد فی منع ذلک الی أنه لو صح تصرفه کذلک لأمکن أن یجعل ذلک وسیله إلی ذهاب ماله،لان مقتضی السفه یوجب صرفه الی ما لا ینبغی-مردود بأن السفیه لیس مجنونا یصرف ماله فیما لا یشعر به،بل غایه أمره انه لسفهه و عدم خوف الله عز و جل یصرف أمواله فی المصارف المحرمه الموجبه للذاته کالزنا و شرب الخمر و نحو ذلک من المصارف التی یتلذذ بها.

و حینئذ فکیف یصیر صرفه المال فی النذر و الصدقه و الکفاره وسیله إلی صرفه فیما لا ینبغی،و کیف تصیر هذه الأشیاء مما لا ینبغی،و هی عبادات یترتب علیها الأجر و الثواب و هو مکلف عاقل قد یرید الثواب و الأجر و ان کان سفیها فی بعض أموره، علی أنا قد اعتبرنا تولی الولی لذلک،و عدم تمکینه من المال کما تقدم.

و أما ما ذکره فی المسالک فی الجواب عن دلیل القول الثانی من الفرق، ففیه أنه کما أن الزکاه قد أوجبه الله سبحانه کذلک الکفاره قد أوجبها لانه مکلف مخاطب بالأحکام و لیس بمجنون یسقط عنه التکلیف،فإنه لا خلاف فی کون یمینه مشروعه و لازمه له،و أنه بالحنث تجب علیه الکفاره کما فی غیره من المکلفین، و حینئذ فلما حنث أوجب الله علیه الکفاره کما أوجب علیه الزکاه،و کون السبب فی إیجابها الحنث الذی هو من المکلف لا یمنع من تعلق حکم الوجوب بها،و أن المطالب بها هو الله عز و جل،کما یطالب بالزکاه و نحوها،علی أن من جمله المعدودات التی وافق علی وجوبها الکفاره التی سبق وجوبها الحجر،فان

سببها أيضا مستند الى المكلف و الفرق بينها،و بين ما نازع فيه غير واضح.

و بالجمله فإن غايه ما يتمسكون به هنا هو ما يدعونه من عموم الحجر،و قد عرفت ما فيه،و ما ذكره فى المسالك فى آخر كلامه المتقدم نقله بقوله فلو أخرجها من المال أمكن جعل ذلك وسيله الى آخره،فيه ما عرفت و الله العالم العالم.

المطلب الثالث فى المفلس

اشاره

و هو بكسر اللام لغه الذى ذهب خيار ماله من دراهم و دنانير،و بقى فلوسه، فهو مأخوذ من الفلس،واحد الفلوس يقال:أفلس الرجل بصيغه اللازم،فهو مفلس بكسر اللام،إذا صار كذلك كما يقال:أذل الرجل أى صار ذا ذل،فالمعنى هنا أنه صار ذا فلوس،بعد أن كان ذا دراهم،و مرجعه الى الانتقال من حال اليسر الى حال العسر،حيث أنه قد ذهب خيار ماله،فلم يبق الا الفلوس.

و اما شرعا فإنه يقال:مفلس بفتح:و هو الممنوع من التصرف فى ماله،يقال فلسه القاضى تفليسا إذا حكم بإفلاسه،و نادى عليه،و شهره بين الناس بأنه صار مفلسا،و المراد به هنا من يكون عليه ديون تقصر أمواله عن أدائها.

قالوا:و لا يتحقق الحجر عليه الا بشروط أربعه

الأول-أن يكون ديونه ثابته عند الحاكم

اشاره

.

الثانى-أن يكون أمواله قاصره عن الديون التى عليه.الثالث-أن يكون ديونه حاله،الرابع-أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه.

أقول:اما الأول-من هذه الشروط فظاهر،لان الحجر انما يقع من الحاكم، و حينئذ فلا بد من ثبوت الديون عنده بإقرار أو بنيه أو علم منه بذلك على أظهر القولين و أما الثانى فلأنه لو كانت أمواله زائده أو مساويه فلا حجرا جماعا،كما نقله فى المسالك،بل يطالب لها،فان قضاها و الا رفع أمره الى الحاكم،فيحبسه الى أن يقضى ذلك،أو يبيع عليه متاعه و يقضى عنه دينه،و المراد بأمواله القاصره عن أداء ديونه ما يشمل معوضات الديون،و هى الأموال التى ملكها بعوض ثابت فى

ذمته،كالأعيان التى اشتراها أو استدانها،فإنها ملكه فيكون من جمله أمواله،و ان تخير أصحابها بين الرجوع فيها عند قسمه أمواله أو الطلب بعوضها،و كما تحتسب هذه الأشياء من جمله أمواله،فتحتسب أعواضها من جمله ديونه.

و أما الثالث فلانه مع كون الديون مؤجله لا وجه للحجر،لعدم استحقاق المطالبه و ان لم يف ماله بما عليه،و يجوز أن يسهل الله(سبحانه)له الوفاء عند حلول الأجل و المطالبه،و أما ما نقل عن ابن الجنيد من حلول ديونه المؤجله قياسا على الموت فضعيف.

و اما الرابع فلان الحق للغرماء فلا يتبرع الحاكم بالحجر لأجلهم مع عدم طلبهم ذلك-الا أن تكون الديون لمن له الولايه عليه،كاليتيم و المجنون و السفيه و كذا لو كان بعضها لهم و البعض الآخر لغيرهم مع التماس ذلك الغير.

و كذا لو سأل هو الحجر على المشهور،فإنه لا يجاب الى ذلك،و علل بأن الحجر عقوبه،و الرشد و الحريه ينافيانه فلا يصار اليه الا بدليل،و استقرب العلامه فى التذكره جواز اجابته،استنادا إلى انه كما أن فى الحجر مصلحه للغرماء بحفظ حقوقهم،كذلك فيه مصلحه للمفلس ببراءه ذمته،و خلاصها من حق الغرماء،و أنه

قد روى عن النبى (۱)صلى الله عليه و آله

«أنه حجر على معاذ بالتماسه».

و فيه من الضعف ما لا يخفى،فان بناء الأحكام الشرعيه على مثل هذه التعليلات العليله مجازفه محضه،و أما الخبر المذكور فلم أقف عليه فى أخبارنا، و الظاهر أنه عامى.

بقى هنا شيء لم أقف على من تنبه له،و هو ان ما اشتهر فى كلام الأصحاب بل الظاهر أنه لا خلاف فيه من كون المفلس يجب الحجر عليه،كما يجب على الصبى و السفيه و المجنون،لم أقف فيه على نص واضح،كما ورد فى الثلاثه المذكوره من الآيات و الروايات المتقدمه فى سابق هذا المطلب.

۱- ۱) سنن البيهقى ج ۶ ص ۴۸.

و الذی وقفت علیه من الروایات المتعلقه بهذا المقام،التی ربما یدعی منها ذلک

موثقه عمار (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«کان أمیر المؤمنین علیه السلام یحبس الرجل إذا التوی علی غرمائه،ثم یأمر فیقسم ماله بینهم بالحصص،فان أبی باعه فیقسمه بینهم،یعنی ماله».

و روایه غیاث بن إبراهیم (۲)عن جعفر عن أبیه علیهما السلام

«أن علیا علیه السلام، کان یفلس الرجل إذا التوی علی غرمائه ثم یأمر به فیقسم ماله»الحدیث. المتقدم و ما رواه

فی التهذیب عن الأصبغ بن نباته (۳)عن أمیر المؤمنین علیه السلام

«انه قضی أن یحجر علی الغلام حتی یعقل،و قضی علیه السلام فی الدین أنه یحبس صاحبه، فان تبین إفلاسه و الحاجه فیخلی سبیله حتی یستفید مالا،و قضی علیه السلام فی الرجل یلتوی علی غرمائه أن یحبس،ثم یأمر به فیقسم ماله بین غرمائه بالحصص،فان أبی باعه فیقسمه بینهم». و رواه الصدوق فی الفقیه،و زاد لفظ المفسد بعد الغلام فی صدر الخبر

و روایه السکونی (۴)عن جعفر عن أبیه علیهما السلام عن علی صلوات الله علیه

«أنه کان یحبس فی الدین ثم ینظر فان کان له مال أعطی الغرماء،و ان لم یکن له مال دفعه الی الغرماء،فقال لهم:اصنعوا به ما شئتم،ان شئتم آجروه،و ان شئتم فاستعملوه».

و أنت خبیر بأن غایه ما یدل علیه أکثر هذه الاخبار انه علیه السلام کان یحبس فی الدین إذا التوی علی غرمائه،و هذا لا دلاله فیه علی کونه مفلسا،بل ظاهرها أن الحبس انما هو من حیث المطل و عدم الأداء،لأنه معنی الالتواء،فیجوز أن یکون عنده ما یفی بالدیون التی علیه،و لکنه یماطل فی دفعه،فهو علیه السلام یحبسه حتی یتبین حاله، فان وجد عنده مالا قسم ما وجده عنده بین غرمائه،و ان لم یجد عنده شیئا أطلقه حتی

۱- ۱) التهذیب ج ۶ ص ۱۹۱.
۲- ۲) التهذیب ج ۶ ص ۲۹۹.
۳- ۳) التهذیب ج ۶ ص ۲۳۲.
۴- ۴) التهذیب ج ۶ ص ۳۰۰.

يستفيد مالا(۱)كما دل عليه حديث الأصبغ.

و مثله أيضا روايه غياث،أو دفعه الى أصحاب الدين كما تضمنه خبر السكونى.

نعم فى خبر غياث يفلس الرجل أى يحكم بكونه مفلسا.

و كيف كان فإن غايه ما تدل عليه هذه الاخبار هو أنه بعد رفع الأمر إليه أنه يحبس الرجل،فان وجد له مالا قسمه بين الغرماء،و الا ـ فلا،و أما أنه يحجر عليه التصرف فيه مع بقاء المال فى يده،كما هو المفروض فى كلامهم و المبنى عليه تفريعاتهم الاتيه فلا دلاله فى شىء منها عليه،و الشروط المتقدمه إنما بنيت على ذلك.

و بالجمله فإن غايه ما تدل عليه الاخبار هو استيفاء المال منه،و تحصيله بعد رفع الأمر إلى الحاكم،و قسمته بين الغرماء،و مرجع البحث معهم فى هذا المقام هو صحه الحجر من الحاكم الشرعى و عدمه،فإنه إذا كان الامام عليه السلام فى هذه الاخبار لم يحجر عليه،و لم يأمر به،و ليس غيرها فى الباب فكيف يسوغ لنائبه و هو الفقيه أن يفعل ذلك،و هو غير مأذون فيه و لا مأمور به عنهم عليهم السلام.

و انما الوارد عنهم كما عرفت انما هو قسمه ماله بالحصص إذا رفع الأمر اليه، و هذا حكم على حده،و الحجر حكم على حده،و الأحكام الشرعيه توقيفيه مقصوره على ما ورد عنهم عليهم السلام و البحث فى هذا الكتاب كله انما ترتب على الحجر كما سيظهر لك.

ثم انه بناء على ما ذكروه من الشروط المتقدمه قالوا:إذا تحققت الشروط المذكوره،و حصل الحجر من الحاكم،تعلقت به أمور أربعه:الأول:منع التصرف بأن يمنعه الحاكم من جميع التصرفات،و الكلام هنا فى مواضع

أحدها [المراد من التصرفات الممنوع منها]

-قالوا:

ان المراد من التصرفات الممنوع منها هى التصرفات الابتدائيه المتعلقه بالمال

الموجود حال الحجر،كالعتق و الرهن و البيع و الهبه،و لا يمنع من إمضاء تصرف سابق أو إبطاله،مثل فسخ بيع أو إمضائه فی زمن الخيار أو بالعيب.

و كذا لا يمنع من التصرفات المتعلقه بغير المال كنكاح المرأه بنفسها،و الرجل ايضا بشرط عدم إيقاع العقد على المال الممنوع،و كالطلاق و اللعان و الخلع،و استيفاء القصاص و العفو عنه،و لا عن كسب المال مثل قبول الوصيه،و قبول الهبه، و الاحتشاش و الاحتطاب.

و لا اعرف لهم دليلا فی المقام الا ما ربما يدعی من الإجماع،و قد عرفت ما فی أصل المسأله من تطرق النزاع،و حينئذ فلو تصرف فيما منع من التصرف فيه كان تصرفه باطلا،و هل المراد بالبطلان هنا حقيقه-و كون عبارته كعباره الصبی،فلا تصح و ان لحقته الإجازه-أو البطلان بمعنى عدم اللزوم؟فلا ينافی صحته لو أجاز الغرماء، أو فضل عن الدين بعد قسمه ماله عليهم قولان:

قالوا:و يؤيد الأول:أنه هو المناسب للحجر،فان معنى قول الحاكم حجرت عليك منعتك من التصرفات،و مقتضاه تعذر وقوعها منه.

و يؤيد الثانی:أنه لا يقصر عن التصرف فی مال الغير،فيكون كالفضولی و حينئذ فلا ينافيه منعه من التصرف،لان المراد منه التصرف المنافی لحق الغرماء، و لا دليل على اراده غيره،و على التقدير الثانی فان اجازه الغرماء نفذ،و الا أخر الی أن يقسم المال،فلا يباع و لا يسلم الی الغرماء،فان لم يفضل من ماله شیء يبين بطلانه،و ان فضل ما يسعه صح.

و

ثانيها-لو أقر بدين سابق صح

،لعموم (1)

«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز». و الظاهر أنه لا خلاف فيه،انما الخلاف فی أنه هل يشارك ذلك المقر له بالدين الغرماء أم لا؟و الى الأول ذهب الشيخ فی المبسوط،و المحقق و العلامه فی الشرائع و التذكره و التحرير،و قيل:بعدم المشاركه،و قواه فی المسالك،و هو ظاهر العلامه

۱- ۱) الوسائل الباب-۲-من أبواب الإقرار الرقم-۲.

فی الإرشاد حیث قال:لو أقر بمال فالوجه اتباعه بعد الفک،بمعنی أنه یتبع المقر بعد فک حجره،و لا یشارک الغرماء،و هو اختیار المحقق الأردبیلی فی شرحه ایضا جازما به حیث لم ینقل خلافا فی المسأله بالکلیه،مع ما عرفت من تعدد القائل بذلک القول الأخر.

حجه القول الأول أنه عاقل فینفذ إقراره للخبر،و عموم الخبر فی قسمه ماله بین غرمائه،و المقر له أحدهم،و لأن الإقرار کالبینه،و مع قیامها لا إشکال فی المشارکه،و لانتفاء التهمه علی الغرماء،لان ضرر الإقرار فی حقه أکثر منه فی حق الغرماء،و لان الظاهر من حال الإنسان أنه لا یقر بدین علیه مع عدمه،هکذا قرر فی المسالک حجه القول المذکور.

ثم اعترضه فقال:و یشکل بمنع دلاله الخبر علی المدعی،لأنا قبلناه علی نفسه،و من ثم التزمناه بالمال بعد زوال الحجر،و لم یدل علی أنه جائز علی غیره، و لو شارک المقر له الغرماء لنفذ علیهم،لتعلق حقهم بجمیع ماله،و لا معنی لمنعه من التصرف الا عدم نفوذه فی ماله الموجود،و المشارکه یستلزم ذلک،و تمنع مساواه الإقرار للبینه فی جمیع الأحکام،و یظهر أثره فیمن لا یقبل إقراره إذا أقیمت علیه البینه،و إذا لم تکن القاعده کلیه لم تصلح کبری للشکل (1)فلا ینتج المطلوب و التهمه موجوده فی حق الغرماء،لانه یرید إسقاط حقهم بإقراره،و تحقق الضرر علیه لا یمنع من إیجابه الضرر علیهم،و لإمکان المواطاه بینه و بین المقر له فی ذلک،فلا یتحقق الضرر الا علیهم.

و علی کل حال لا یمکن الحکم بنفی التهمه علی الإطلاق،بل غایته أنه قد یکون متهما و قد لا یکون،فلا یصلح جعل عدم التهمه وجها للنفوذ مطلقا، و الأقوی عدم المشارکه انتهی.

۱- ۱) بان یقال:هذا إقرار،و کل إقرار کالبینه،یصح ان هذا کالبینه فی المشارکه،و المنع هنا توجه إلی کلیه الکبری فإنه لیس کل إقرار کالبینه لما عرفت منه رحمه الله.

أقول:و أنت خبیر بأنه بمقتضی ما قررناه سابقا من عدم وجود الحجر علیه فی الاخبار و انما غایه ما تدل علیه هو أنه علیه السلام یقسم أمواله بین غرمائه بالحصص- إذا رفع الأمر إلیه-هو قوه القول الأول،لأن هذا المقر له من جملتهم،و به یظهر قوه قوله فی حجه القول الأول،و عموم الخبر فی قسمه ماله بین غرمائه،و المقر له أحدهم.

و أما جواب شیخنا المذکور عن ذلک بقوله:و لو شارک المقر له الغرماء الی آخره فإنه صحیح لو کان هنا دلیل علی الحجر،بأن قام الدلیل علی أن للحاکم الشرعی أن یحجر علی المفلس التصرف فی أمواله،مع أنه لیس کذلک، و الذی ثبت له انما هو قسمته بالحصص بعد رفع الأمر إلیه، فإن قیل-:ان مقتضی قسمته بین الغرماء بالحصص بعد رفع الأمر إلیه أنه یحجر علی صاحبه التصرف فیه حتی یقسمه بین الغرماء بالحصص-،قلنا قد عرفت من کلامهم أنه لا بد أن یقول الحاکم بعد رفع الأمر إلیه:قد حجرت علیک التصرف فی أموالک،فإنه یترتب علیه الأحکام الأربعه المشار إلیها آنفا،و بدونه لا یثبت شیء منها.

و من جمله فروع ذلک ما نحن فیه،من أنه بهذه الصیغه الواقعه من الحاکم انتقل المال الی الغرماء قبل القسمه،فلا یجوز لمن أقر له بعد الحجر المشارکه لهم،کما أشار إلیه شیخنا المذکور بقوله لتعلق حقهم بجمیع ماله،و أصرح منها فی هذا المعنی ما یأتیک-إنشاء الله تعالی-فی عباره المحقق الأردبیلی.

و بالجمله فإنه لا بد عندهم من هذه العباره المذکوره لیترتب علیها الأحکام المذکوره،مع أنک قد عرفت أنه لا دلیل علیها،لا أن مجرد الأمر بالقسمه یستلزم الحجر،فإنه و ان استلزمه لکنه لیس من محل البحث عندهم فی شیء.

و ملخص الکلام انه بالنظر الی ما جروا علیه فی هذا الباب من دعوی الحجر و ثبوته فالأقوی هو القول الثانی،لما ذکره شیخنا المذکور،و مثله المحقق الأردبیلی حیث أنه ممن اختار القول المذکور،فقال فی الاستدلال له:دلیله أن

المال المحجور علیه صار بسبب الحجر للدیان الذی حجر بسبب دیونهم،فلا یمکن أن یتعلق به غیرها بسبب إقرار المدیون،فإنه بالحقیقه إقرار فی حق الغیر انتهی.

و بالنظر الی ما ذکرناه من عدم دلیل علی هذا الحجر،فلیس للحاکم الشرعی إیقاعه،فالأقوی هو القول الأول،لأن غایه ما دلت علیه الاخبار هو أن للحاکم قسمه أمواله بالحصص بین الغرماء بعد رفع الأمر إلیه.

نعم لو تأخر الإقرار عن القسمه،فالظاهر أنه لا یلتفت الیه،و یصح ما ذکروه، و أما قبلها فظاهر الأخبار اشتراک جمیع الغرماء،و غایه ما استندوا الیه تقدم حق أولئک بالحجر أولا قبل القسمه،و قد عرفت أنه لا أثر لهذا الحجر.

ثم انه لا یخفی ان محل البحث هو الاعتراف بالدین السابق،کما وقع فی عنوان المسأله،و هو احتراز عما لو أسند الدین الی ما بعد الحجر،فإنه و ان کان الإقرار به صحیحا فی نفسه للخبر المتقدم،الا أنه لا ینفذ عندهم فی حق الغرماء،لما تقدم من الحکم ببطلان المعاملات الابتدائیه المتعلقه بالمال،و الإقرار بها فی حکم وقوعها، و یأتی فیها الخلاف المتقدم من بطلان المعامله بالکلیه،أو کونها موقوفه،هذا کله فی الإقرار بالدین.

و لو أقر بعین فقیل:بأنها تدفع الی المقر له،و هو اختیار ابن إدریس و ظاهر المحقق فی الشرائع علی تردد،و قیل:بالعدم،و هو اختیار العلامه فی الإرشاد.

و اعلم أن الأقوال بالنسبه إلی العین و الدین ترجع إلی أربعه أقوال:أحدها نفوذ الإقرار فیهما،و هو خیره العلامه فی التذکره،و ثانیها عدم النفوذ و هو خیره العلامه فی الإرشاد،و المحقق الأردبیلی فی شرحه و نقل عن الشهید و جماعه،و هو اختیاره فی المسالک،و ثالثها-ثبوته فی العین دون الدین،و نقل عن ابن إدریس، و رابعها العکس و نسبه فی المسالک الی المصنف،و فیه إشکال،فإن ظاهره فی الشرائع انما هو القول الأول،لکنه تردد فی العین بعد أن حکم بالمشارکه کما قدمنا نقله عنه و الله العالم.

ص :۳۸۹

و

ثالثها [الخلاف فی تعلق الحجر علی المال المتجدد بعد الحجر]

لا خلاف و لا اشکال عندهم فی تعلق الحجر بالمال الموجود حال الحجر،و انما الإشکال فی المتجدد بعده،فیحتمل تحقق الحجر فیه أیضا لوجود المقتضی فی الأول،و هو صیانه حق الغرماء،حیث أنه یجب قسمه أمواله علی دیونه،و هو مشترک فی الموجود و المتجدد،و هو مختار العلامه فی القواعد و التحریر، و عدمه للأصل فی تسلط المسلم علی ماله،و لخبر (۱)

«الناس مسلطون علی أموالهم».

فالحجر علیه خلاف الأصل،و لا خلاف فی الحجر فیما کان موجودا وقت الحجر، فیبقی ما عداه فی حکم الأصل،اقتصارا علی موضع الوفاق،قیل:و التحقیق (۲)أن یقال:ان کان المراد شمول حجر الحاکم لذلک المال،فإنه ینظر فان کان کلامه فی حجره شاملا له یتعدی الیه الحجر،مثل أن یقول:حجرتک عن جمیع التصرفات المالیه،و الا فلا،لانه قد ثبت أنه لا بد فیه من حکم الحاکم،و أنه لا یثبت بدونه،و ان کان شاملا له ثبت،و الا فلا،و هو ظاهر و ان کان المراد أنه هل له أن یحجره عن جمیع المال الموجود و المتجدد حینئذ حتی یؤدی الدیون؟فالظاهر التعدی،لأن دلیل الثبوت و شرائطه ثابت، و ان کان المراد هل للحاکم أن یحجره ثانیا فی ذلک المال المتجدد؟فالظاهر التعدی بمعنی أن له الحجر علیه فیه أیضا بالشرائط المتقدمه،إذ لا فرق و لا مانع،و لا یمنع من ذلک ثبوت الحجر أولا علی غیره،و هو أیضا واضح انتهی.

و ملخصه انه یجب أن یرجع الی الحاکم الذی صدر منه الحجر،فان لم یمکن و لا یعلم شموله و عدم شموله فلا یتعدی،للأصل و عدم الدلیل.

أقول:أنت خبیر بأن مقتضی ما قدمنا ذکره من أنه لیس علی هذا الحجر دلیل و لا نص،و انما المستفاد من الاخبار هو قسمه مال المفلس بالحصص بعد رفع

۱- ۱) البحار ج ۲ ص ۲۷۲ ط جدید.

۲- ۲) هذا التحقیق للمحقق الأردبیلی قدس سره فی شرح الإرشاد-منه رحمه الله.

الأمر إلى الحاكم،فإنه لا ثمره لهذا الخلاف،و أن الواجب هو قسمه كل ما كان له من مال يومئذ على الغرماء.

و

رابعها [عدم صيروره الديون المؤجله حالا بالحجر]

-المشهور انه لا تحل الديون المؤجله عليه بالحجر،و انما تحل بالموت كما تقدم فى كتاب الدين،و نقل عن ابن الجنيد أنها تحل،و كذا المشهور أنه لا يحل بالحجر الدين المؤجل الذى له على غيره،و عن ابن الجنيد أنه يحل أيضا،و رد بالأصل،لأن الأصل بقاء ما كان عليه،حتى يقوم دليل على خلافه.

احتج ابن الجنيد للقول الأول بالقياس على الميت،و رد ببطلان القياس، سيما مع وجود الفارق بتحقق الضرر على الورثه ان منعوا من التصرف فى التركه إلى حلوله،و صاحب الدين ان لم يمنعوا بخلاف المفلس.

قيل:و لا فرق فى دين الميت بين مال السلم و الجنايه المؤجله و غيرهما على الأقوى،لعموم النص.

و وجه احتمال خروجها أن الأجل فى السلم جزء من العوض،فلو حل مال السلم لزم نقصان العوض،و أجل الجنايه بتعيين الشارع،فبدونه لا يكون له تلك الديه،و عموم النص يدفع ذلك،و يسقط ما ادعى تأثيره،لأنهما فردان من افراد الديون فيتناولهما كغيرهما انتهى.

و أما ما ذكره ابن الجنيد من القول الثانى فإنه احتج أيضا بالقياس على الميت، و رد بمنع ذلك فى الميت أيضا،و فيه أن روايه أبى بصير قد دلت على ذلك فى الميت كما تقدم فى كتاب الدين،و به قال الشيخ و جماعه،الا أن الأصحاب ردوا الروايه بضعف السند،و قد تقدم الكلام فى ذلك فى الكتاب المذكور.

و كيف كان فإنه و ان ثبت ذلك فى الميت الا ان حمل الحجر عليه قياس لا يوافق أصول المذهب،و لكنه لما كان يذهب الى العمل بالقياس كالعامه قال به هنا، و العجب من أصحابنا كيف يعتمدون أقواله و ينقلونها مع ارتكابه هذا المرتكب الفاحش الموجب لفسق فاعله.

و

خامسها [لو أقرض مالا بعد الحجر أو باعه بثمن فى ذمته لم يشارك الغرماء]

-قالوا:لو أقرض إنسان مالا بعد الحجر أو باعه بثمن فى ذمته لم

یشارک الغرماء،بل کان ثابتا فی ذمته،و هو فی العالم بحاله موضع وفاق بینهم، لان فعله ذلک مع علمه بإفلاسه و حجر الحاکم علیه و تعلق حق الغرماء بأمواله رضا منه ببقاء ماله فی ذمته الی أن یفک حجره.

أما لو کان جاهلا فقد جزم المحقق فی الشرائع بأنه کذلک،لتعلق حق الغرماء الموجودین عند الحجر بأمواله،و ان کانت متجدده بناء علی دخول المتجدد فی الحجر أیضا،فلا یتوجه له الضرب مع الغرماء بدینه،و لا أخذ عین ماله.

و قیل:فیه وجهان آخران:أحدهما-جواز فسخه و اختصاصه بعین ماله، لعموم

قوله (۱)صلی الله علیه و آله

«صاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعینه». و ثانیهما الضرب مع الغرماء،لان له حقا ثابتا فی الذمه،و هو غریم فیضرب به کسائر الغرماء،و لانه قد أدخل فی مقابله الثمن مالا فیضرب بالثمن،إذ لیس فیه إضاعه علی الغرماء.

و رد کل من الوجهین بما تقدم من أن حق الغرماء بالحجر قد تعلق بعین تلک الأموال و صارت لهم و ان کانت متجدده،علی أن الوجهین متنافران،لأنه ان کان غریما اختص بعین ماله کما یأتی إنشاء الله تعالی فیمن وجد عین ماله بعد الحجر،و ان لم یکن غریما لم یضرب.

أقول:و أنت خبیر بما فی هذا الفرع أیضا بناء علی ما قدمنا ذکره،فان مقتضی ما قدمنا ذکره هو المشارکه للغرماء ما لم یکن بیعه و قرضه بعد قسمه المال بین الغرماء فإنه غریم،قولهم ان أمواله قد صارت للغرماء بسبب الحجر،قلنا:

لا دلیل علی هذا الحجر و لا مستند له.

و لیت شعری کیف رتبوا هذه الأحکام علی الحجر بما ذکر،و ما سیأتی من جمیع الأحکام المذکوره فی کتاب الفلس مع أنه لا مستند له،اللّهمّ الا أن یکون إجماعهم علی ذلک،و الا فالروایات کما عرفت خالیه عنه.

و بالجمله فإنی لا أعرف لهم حجه سوی الإجماع فالقول بخلافه لا ضیر فیه

۱- ۱) المستدرک ج ۲ ص ۴۹۶.

عنـد من لاـ يلتفت الى هـذه الإجماعـات،الا أن يثبت ذلك فى كلام المتقـدمين،و يعلم اتفاقهم عليه،فإنه يكون حجه عنـدنا كما قدمنا ذكره فى محله.

و

سادسها [عدم جواز قبض دون الحق للغارم]

-قـالوا:لو كـان له حق فليس له قبض دون حقه،و كـان للغرمـاء منعه عن ذلك،لانه محجور عليه فى أمواله و التصـرف فى أمواله ابتداء،و هذا منه، حتى لو تعين له الأرش فإنه لا يجوز له إسقاطه،و به صرح فى التذكره.

أقـول:و فيـه مـا عرفـت.و مـن ثم أعرضـنا عن نقـل جمله من تفريعـاتهم فى هـذا المقـام لعـدم الـدليل الواضـح على صـحه هـذه القاعده،فالتطويل بكثره فروعها عار عن الفائده و فى ما ذكرناه أنموذجا كفايه للمتدرب فى الصناعه.

الثانى [اختصاص الغريم بعين ماله إذا وجده]

اشاره

من الأمور الأربعه المتقدم ذكرها:اختصاص الغريم بعين ماله إذا وجده، و تحقيق الكلام هنا ايضا يقع فى موارد

الأول [أن من وجد منهم عين ماله كان له أخذها]

اشاره

-المشـهور بين الأصحاب(رضوان الله عليهم)أن من وجد منهم عين ماله كان له أخذها و ان لم يكن سواها،و له أن يضرب بدينه مع الغرماء سواء حصل فى المال وفاء أم لا.

و نقل عن الشـيخ أنه لا اختصاص الا أن يكون هناك وفاء و بالأول صرح الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس و ابن جنيد،و بالثانى صرح الشيخ فى النهايه و الاستبصار و رجحه فى المبسوط.

و الذى وقفت عليه من الاخبار المتعلقه بهذا المقام

صحيحه عمر بن يزيد (۱)عن أبى الحسن عليه السلام قال:

«سـألته عن الرجل يركبه الـدين فيوجـد متاع رجل عنـده بعينه،قال:لا يحاصه الغرماء». و هـذه الروايه حجه القول المشـهور،و هى ظاهره فيه تمام الظهور.

و صحيحه جميل (۲)عن بعض أصحابنا

«عن ابى عبد الله علیه السلام فى رجل باع متاعا من رجل فقبض المشترى المتاع،و لم يدفع الثمن ثم مات المشترى و المتاع قائم بعينه فقال:إذا كان المتاع قائما بعينه رد الى صاحب المتاع،قال:

۱- ۱) التهذيب ج ۶ ص ۱۹۳.

۲- ۲) الوسائل الباب ۵ من أبواب الحجر الرقم-۱.

و لیس للغرماء ان یحاصوه».

و صحیحه أبی ولاد (۱)قال:

«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل باع من رجل متاعا إلی سنه،فمات المشتری قبل أن یحل ماله،و أصاب البائع متاعه بعینه،إله أن یأخذه إذا حقق له؟قال:فقال:ان کان علیه دین،و ترک نحوا مما علیه فلیأخذ ان حقق له،فان ذلک حلال له،و لو لم یترک نحوا من دینه فان صاحب المتاع کواحد ممن له علیه شیء یأخذ بحصته،و لا سبیل له علی المتاع».

و هذه الروایه هی مستند الشیخ فیما تقدم نقله عنه،و رد بأن مورد الروایه المیت، و الحکم فیه ذلک کما سیظهر لک،و محل البحث انما هو الحی و حینئذ فلا دلاله للخبر علی مدعاه،

و روایه أبی بصیر (۲)

«عن أبی عبد الله علیه السلام أنه سئل عن رجل کانت عنده مضاربه و ودیعه،و أموال أیتام و بضائع،و علیه سلف لقوم فهلک و ترک ألف درهم أو أکثر من ذلک،و الذی للناس علیه أکثر مما ترک،فقال:یقسم لهؤلاء الذین ذکرت کلهم علی قدر حصصهم أموالهم». و الشیخ جمع بین هذه الاخبار بحمل الأولین علی الآخرین،فقال:انه لا یحاصه الغرماء إذا کان له ما یفی بمالهم من غیر ذلک، فان لم یکن له شیء سوی ما للرجل بعینه کان هو و غیره من الدیان فی ذلک سواء،لان دینه و دین غیره متعلق بذمته،و هم مشترکون فی ذلک.

أقول:و تفصیل الکلام فی المقام أن یقال:إذا کان المدیون مفلسا و وجد صاحب الدین عین متاعه فلا یخلو اما أن یکون ذلک فی حیاه المدیون أو بعد موته،فان کان ذلک فی حیاته فالمشهور کما عرفت أن لصاحب المتاع أخذ عین متاعه و لو لم یکن سواها،و یدل علیه صحیحه عمر بن یزید المذکوره،و خالف الشیخ کما تقدم نقله عنه،و قال:أنه لا اختصاص له الا أن یکون هناک وفاء استنادا إلی صحیحه أبی ولاد.

۱- ۱) التهذیب ج ۶ ص ۱۶۹.

۲- ۲) التهذیب ج ۹ ص ۱۶۱.

و قـد عرفت عـدم دلالتهـا على موضع النزاع لاـن موردها الميت،و الفرق بينه و بين الحى ظاهر،لإمكان تجـدد الوفاء بالنسـبه إلى الحى بإرث أو اكتساب أو زياده قيمه فى أعيان أمواله،أو تجدد نماء أو نحو ذلك،بخلاف الميت.

و ان كـان ذلـك بعـد مـوته،فالمشـهور أنـه إذا وجـد صـاحب الـدين عين متـاعه فليس له أخـذه الاـ ان يـترك الميت نحـوا مما عليه،فيجوز له أخذها،و عليه تدل صحيحه أبى ولاد المذكوره.

و نقـل عـن ابن الجنيـد الحكم باختصـاصه هنـا و ان لم يكن غيرهـا،كمـا هـو المشـهور فى الحى (۱)و يـدل عليه إطلاق مرسله جميل،الا أن يحمل إطلاقها على وجود ما يحصل به وفاء الـدين سواها،كما تقدم نقله عن الشـيخ،و كيف كان فالظاهر هو القول المشهور فى الموضعين،بحمل الاخبار مطلقها على مقيدها.

تنبيهات

الأول

-قال فى المسالك:و لا فرق فى الحكم المـذكور فى الميت بين أن يموت المديون محجورا عليه أم لا،لان الموت بمنزله الحجر و قيل الحكم مختص بالمحجور عليه،و إطلاق النص يدفعه.انتهى.

أقول:لاـ إشـعار فى هـذه الروايـات المـذكوره هنا بالحجر لا فى الميت و لا فى الحى،بل قـد عرفت آنفا أنه لا دليل عليه مطلقا،و مقتضى كلامهم أنه فى الحى لا بد

۱- ۱) بمعنى انه يشترط فى الاختصـاص بالعين كونه حيا و لو لم يكن سواها، بخلاف صوره الموت،فإنه لا يختص الا أن يكون هنـاك وفـاء فـإن الحكمـه فى ذلـك ظـاهره،لاـن الميـت لاـ تبقى لـه ذمـه،فلاـ ينـاسب الاختصـاص الاـ مع الوفـاء،لئلاـ يتضـرر الغرماء،بخلاف الحى فإن ما يتخلف من الـدين يتعلق بـذمته،و ربما لا يضـيع،بأن يحصل بأحـد الوجوه المذكوره فى الأصل-منه رحمه الله.

من حصول الحجر،مع ان إطلاق النصوص المذكوره يدفعه،و حينئذ فتكلف الجواب بالنسبه إلى الميت خاصه لا وجه له.

الثانی

-لا- يخفى أن ما ذكروه من الخيار فی صوره جواز أخذ العين فی الحی أو الميت و انه يتخير بين أخذ العين أو الضرب مع الغرماء لا أعرف له دليلا واضحا، فان الروايات انما اشتملت على أخذ العين،و ظاهرها ان ذلك هو مقتضى الحكم شرعا،و اما ان ذلك محمول على الرخصه ان اختاره،و إلا فسبيله سبيل الغرماء كما هو ظاهر كلامهم،فلا إشاره فی الأخبار المذكوره إليه،فضلا عن الدلاله عليه،و لربما لم يرض الغرماء بذلك،و ظاهرهم انه يشاركهم لو أراد رضوا أم لم يرضوا (1)و هو مشكل لعدم ظهور الدلاله عليه من هذه الاخبار،بل ظاهرها كما عرفت انما هو اختصاصه بمتاعه.

و بالجمله فإن الأصل عدم المشاركه لهم.و إثباتها يحتاج الى الدليل،و ظاهرها ايضا اختصاصه بعين ماله،فلا يشاركه الغرماء فيها،و هو أعم من ان يقتصر على أخذ العين أو يشاركهم و تضرب معهم فيشاركونه فی تلك العين كما شاركهم فی غيرها،فان نفی المحاصه فی الروايتين أعم من الأمرين المذكورين.

الثالث

-قيل:الظاهر أن المراد برجوع صاحب العين إليها هو فسخ العقد الذی كان موجبا لملكيه المفلس،و قال فی التذكره:الفسخ قد يكون بالقول مثل فسخت البيع و نقضته و رفعته،و قد يكون بالفعل كما لو باع صاحب السلعه سلعته،

١- ١) قال المحقق الأردبيلی(قدس سره):و الظاهر أن رجوعه على سبيل الجواز فله أن يترك،و يشارك الغرماء رضوا أم لا،ثم ان بعد نقل صحيحه أبی ولاد و الكلام فيها قال:و هی تدل على أن أخذ العين جائز لا واجب متعين.انتهى. و أنت خبير بأن ظاهر الخبر ان لم يدل على ما قلناه،فلا- يدل على ما ذكره، لانه لما سأله السائل إله أن يأخذ إذا تحقق كون ذلك ماله؟أجاب عليه السلام«بأنه ان تحقق ذلك،فليأخذ بالشرط المذكور»و ظاهر الأمر هو تعين الأخذ و وجوبه، لا جوازه،كما ادعاه-منه رحمه الله.

أو وهبها أو وقفها.

و بالجمله إذا تصرف فيها تصرفا يدل على الفسخ كوطئ الجاريه المبيعه على الأقوى،صونا للمسلم عن فاسد التصرفات.

أقول:المفهوم من الاخبار أن الفسخ لا يتوقف على صيغه،و انما هو عباره عن تراضى الطرفين على نقض البيع الأول،و قد تقدم فى بحث خيار الشرط (۱)الإشاره الى ذلك،فإن غايه ما دلت عليه تلك الاخبار هو انه برد مثل الثمن فى المده المضروبه يحصل الفسخ و يبطل البيع الأول،و أما هنا فإنه لما كان المفلس يجب قسمه أمواله على الغرماء و هذا المتاع من جملتها،فيخص به الحاكم صاحبه، و يصير ذلك فسخا للبيع الأول،و ان لم يحصل الرضا من المالك،لان جميع هذه التصرفات و قسمه أمواله قهريه غير متوقفه على رضاه.

الرابع

-ما تقدم من القول المشهور و هو الرجوع الى العين مشروط عندهم بشروط ثلاثه:أحدها تعذر استيفاء تمام ثمن العين الذى فى ذمه المفلس الا من العين.فلو كان فى ماله وفاء مع كونه مفلسا بأن نمى المال بعده،أو وجد مال آخر، أو حصلت الزياده بسبب ارتفاع القيمه السوقيه و صارت القيمه أعلى من وقت الحجر،فلا رجوع له الى العين،إذ سبب الرجوع انما هو تعذر الثمن،و الفرض أنه ممكن بناء على ما ذكرناه.

و ثانيها كونه مفلسا محجورا عليه لفلسه،فلو كان المفلس غير محجور عليه لفلسه،فان الحكم فيه كما فى غيره من أصحاب الديون،فان كان قادرا على الأداء و امتنع حبسه الحاكم حتى يوفى،أو يبيع ماله و يوفى عنه،و مع تعذر الحكم يمكن الأخذ منه مقاصه،و ان لم يكن قادرا فالأشهر الأظهر الصبر عليه،و قد تقدمت الأخبار المتعلقه بذلك فى صدر هذا المطلب و ثالثها-كون المال حالا حين الحجر،فلو كان مؤجلا يومئذ فلا رجوع

۱- ۱) ج ۱۹ ص ۳۵.

له،لأنک قد عرفت أنه بالحجر لا تحل الدیون المؤجله علیه،و انما تحل بالموت خاصه،و العین المذکوره و غیرها قد تعلق بها حق الغرماء الذین حجر لأجلهم،و صاحب هذا الدین لکونه مؤجلا لیس منهم،بل وجوده کعدمه.

الخامس-هل الخیار المذکور هنا فی الحی أو المیت علی الفور أو علی التراخی؟

قولان:قالوا:للأول وجوب الوفاء بالعقد،و بناء البیع علی اللزوم،فیقتصر فی الخروج عن ذلک علی موضع الضروره جمعا،و للثانی إطلاق النص بثبوته، فیستصحب الی ان یثبت المزیل،و الی هذا القول مال فی المسالک قال:و هو اختیار المصنف أیضا.

أقول:لیت شعری أی نص هنا دل بإطلاقه هذا الخیار،و ظاهر النصوص کما عرفت انما هو تعین أحد القولین،قال فی المسالک:و الحق ان هذا الخیار خاص،خرج لما ذکر عن العموم،أو مقید له،فیثبت مطلقا،و ان کان مراعاه الفوریه أولی انتهی و فیه ما عرفت من أنه لا دلیل علیه،و دعوی إطلاق النص به مجازفه ظاهره و الله العالم.

الثانی [حکم ما لو وجد العین ناقصه]

اشاره

قال الشیخ فی المبسوط:إذا وجد العین ناقصه،فإن کان الناقص یمکن افراده بالبیع-کما لو کان المبیع عبدین تلف أحدهما کان له أخذ الباقی بحصته من الثمن،و ضرب مع الغرماء بما یخص التالف من الثمن،لتقسط الثمن علیهما علی قدر قیمتهما-و ان لم یمکن افراده بالبیع کذهاب طرف العبد،فان لم یوجب أرشا بأن یذهبه الله تعالی أو المشتری،تخیر البائع بین الضرب بالدین،و بین أخذ العین ناقصه من غیر أن یضرب مع الغرماء بما نقص،لأن الأطراف لا یقابلها الثمن و لا جزء منه،و ان أوجب أرشا بأن یتلف بجنایه أجنبی تخیر البائع بین الضرب بدینه،و بین أخذه و الضرب بقسط ما نقص بالجنایه من الثمن و قال ابن الجنید ان وجد بعض متاعه أخذ بالقیمه یوم یسترده،و ضرب بما بقی له من الثمن مع الغرماء فیما وجد للمفلس،و کذلک لو وجده ناقصا أخذه بقیمته و کان بما بقی من أصل ثمنه کالغرماء فی باقی مال المفلس.

قال فی المختلف بعد نقل ذلک:فقد خالف الشیخ فی موضعین،الأول إطلاق الضرب بالنقص،الثانی احتساب المأخوذ بالقیمه و التالف بها،و الشیخ نسبهما الی الثمن،و قول ابن الجنید لا یخلو من قوه انتهی.

و تفصیل هذه الجمله أنه إذا وجد البائع بعض ماله المبیع دون بعض، فالبعض الفائت لا یخلو اما أن یکون مما یقسط علیه الثمن،بمعنی أنه یبسط علیه، و ذلک فیما یصح افراده بالبیع کعبد من عبدین،و نصف الأثواب،أو لا یکون کذلک کید العبد،و علی التقدیرین فاما أن یکون تلفه من قبل الله تعالی بآفه سماویه أو جنایه أجنبی أو المشتری أو البائع،فالصور ثمان،و ملخص الکلام فیها أنها ترجع الی ثلاث صور

احدیها ان یکون للفائت قسط من الثمن،و یجوز افراده بالبیع

، فإن البائع عندهم یتخیر هنا بین أن یأخذ الباقی بحصته من الثمن،و یضرب مع الغرماء بحصه التالف،و بین أن یضرب بجمیع الثمن مع الغرماء،و لا خلاف فی الحکم المذکور عندهم و سبیله سبیل ما لو وجد العین سالمه کامله کما تقدم،حیث أن الموجود یصدق فیه أنه وجد عین ماله،فله أن یأخذها،و ظاهرهم أنه لا فرق ههنا فی وجوه التلف المتقدمه،فإنه بأیها اتفق فالحکم فیه ما ذکر.

الثانیه ما إذا کان الفائت لا قسط له من الثمن

کید العبد بأن وجده بعد البیع و عند اراده الرجوع فیه بغیر ید،فان کان فواتها من الله عز و جل أو من المشتری، فالمشهور و هو الذی ذکره الشیخ فی عبارته أنه لیس للبائع إلا الرضا به علی تلک الحال،و أخذه ناقصا من غیر أن یضرب مع الغرماء بنقصانه،و هو أرشه،أو الضرب بالدین،و عللوا عدم الأرش هنا بأنه لا حق له فی العین الا بالفسخ المتجدد بعد العیب، و انما حقه قبل الفسخ فی الثمن،فالعین فی ید المشتری غیر مضمونه للبائع،فلم یکن له الرجوع بأرش المتجدد،و ظاهر عباره ابن الجنید المتقدمه انه لا فرق فی الرجوع بالنقصان إذا اختار أخذ العین الباقیه بین الصورتین المذکورتین، فکما أنه یرجع بالنقصان فی صوره ما إذا کان للفائت قسط من الثمن،کذلک فیما إذا لم یکن قسط،فإنه حکم بأنه یضرب بالناقص فی الموضعین،و عبارته

و ان كـانت لا يخلو من إجمال،الا أن مراده بالأولى هى الأولى التى ذكرناه، و بالثانيه فى كلامه هى الثانيه التى نحن فيها،و وافقه العلامه فحكم بقوه ما ذكره، و الى هذا القول مال جمله من أفاضل المتأخرين كالمحقق الشيخ على فى شرح القواعد،و الشهيد الثانى فى المسالك،معللين له بأن فسخ المعاوضه يوجب رجوع كل مال لصاحبه،فان كان باقيا رجع به،و ان كان تالفا رجع ببدله كائنا ما كـان قـالوا:و كون العين فى يـد المشترى غير مضـمونه للبـائع،معـارض بماله قسط،حيث أنهم أوجبوا للرجوع بالنقصان ثمه،على أنـا لاـ نقـول أنهـا مضـمونه مطلقـا،بـل بمعنى أن الفـائت فى يـد المشـترى يكـون من مـاله،لاـن ذلـك مقتضـى عقـود المعاوضات المضـمونه فإذا ارتفع عقد المعاوضه و حصل فسـخه،وجب رجوع كل من العوضين الى مالكه، أو بدله ان فات،على أن كون مثل اليد لا قسط لها من الثمن محل نظر،فإنه لولاها لم يبذل المشترى ذلك الثمن كله قطعا.

الثالثه-ما إذا كان فوات ذلك الجزء الذى لا قسط له من الثمن بجنايه أجنبى

، قالوا:تخير البائع بين أخذه و الضـرب بأرش العيب،و بين الضـرب بجميع الثمن، و ذلك لان الأجنبى لما ثبت عليه أرش الجنايه و قبضه منه المشترى،و الأرش جزء من البيع،فإذا فسخ البائع رجع به،لانه جزء من مبيعه،و هـذا بخلاف العيب الـذى من جهه الله عز و جل،حيث أنه ليس له عوض.

أورد عليهم أولئك الفضلاء المتقدم ذكرهم،بان ما ذكروه فى هذه الصوره ينافى ما ذكروه سابقا فى الصوره الثانيه،لأنه بمقتضى التعليـل الـذى عللوا به سـقوط الأـرش فى تلـك الصوره،من أن العيب انما وقع فى وقت لم تكن العين مضـمونه على المشترى،و البـائع لم يسـتحقها الاـ بعـد الفسـخ،فلم يكن له الرجوع بـأرش المتجـدد،ينبغى أن لا يكون له هنا الا الرضا بالمعيب،لانه لم يجد سواه،قالوا:

و على مـا قررنـاه من أن الفسـخ يوجب رجوع كـل من المتعاوضـين الى مـاله أو بـدله، فالإشـكال منتف،قيـل:و أمـا جنـايه البائع فيحتمل كونها كجنايه الأجنبى،و يحتمل كونها كالآفه السماويه،و فى المسالك رجح الأول قال:لانه جنى على ما ليس

بمملوک له و لا فی ضمانه،قال:و ان کان بجنایه،فقد قطع المصنف بکونه کالفوات من قبل الله تعالی،لما سبق من التعلیل.

و انما اعتبروا کون الأرش الذی یرجع به بنسبه نقصان القیمه،لأن هذا هو قاعده الأرش،من أن الذی یرجع به جزء من الثمن،نسبته إلیه کنسبه نقصان القیمه إلیها،و لانه لو رجع بما تضمنه الجانی من حیث ضمانه أرش الجنایه للزم منه الضرر فی بعض الصور،لان ضمان أرش الجنایه قد یکون بتقدیر شرعی بحیث یکون بقدر قیمه المجنی علیه،فیلزم الرجوع بالعوض و المعوض،و کذا لو کان العبد یساوی مأتین مثلا و قد اشتری بمأه،فجنی علیه الجانی بقطع یده،فإن أرشها نصف القیمه و هو مأه فلا یجوز أن یرجع بها و بالعبد،لئلا یجمع بینهما،بل الذی یرجع به انما هو ما قدمنا ذکره فی قاعده الأرش.

و أما حکم أرش الجنایه فخارج بأمر شرعی یستحقه مالک العین حین الجنایه أقول:هذا ملخص کلامهم فی هذا المقام و حیث ان المسأله عاریه من النص الواضح فللتوقف فیها بجمیع شقوقها مجال فأی مجال،سیما مع تعارض هذه الأقوال و تصادم أدلتهم،و للمحقق الأردبیلی هنا کلام-علی ما ذکر أولئک الفضلاء المتقدم ذکرهم و بحث معهم،و مناقشه فیما ذکروه،أعرضنا عن نقله لما ذکرناه،و منشأ ذلک عدم النص القاطع لماده القیل و القال.

و أما التعلیلات العقلیه فهی لا تقف علی ساحل،لاختلاف العقول و الافهام، فمن ثم لا یجوز الاعتماد علیها فی الأحکام و الله العالم.

الثالث:إذا رجع الی العین و وجدها زائده

فلا یخلو اما أن یکون تلک الزیاده منفصله کالولد و اللبن أو متصله کالسمن و الطول الموجب لزیاده القیمه،و لا خلاف فی أن الزیاده بالمعنی الأول للمشتری،لأنها انفصلت فی ملکه،فلم یکن للبائع الرجوع فیها،لأنها لیست عین ماله،و لا فرق فی الولد بین الحمل و المنفصل و لا فی اللبن بین المحلوب و ما فی الضرع،لصدق الانفصال علی الجمیع،و مثل ذلک الثمره المتجدده.

ص:۴۰۱

و انما الخلاف فی الزیاده بالمعنی الثانی،فظاهر الشیخ فی المبسوط القول بالتبعیه للأصل،قال فی الکتاب المذکور:إذا وجد العین زائده متصله کالسمن و الکبر،و تعلم الصنعه کان للبائع الرجوع فی العین و تتبعها الزیاده،بخلاف المنفصله،لأن النماء المتصل یتبع الأصل فإذا فسخ العقد فیه تبعه الزیاده،و تبعه ابن البراج فی ذلک،و کذلک العلامه فی القواعد،و احتجوا علی ذلک بأن هذه الزیاده محض صفه و لیست من فعل المفلس فلا تعد مالا له،و لانه یصدق أنه وجد عین ماله،فیرجع به و ذهب ابن الجنید الی عدم التبعیه حیث قال:و لو وجده زائدا أخذه أیضا بقیمته،و رد علی الغرماء فضل القیمه ان شاء و الا سلمه،و اختاره العلامه فی المختلف و احتج علیه بان أخذ العین خارج عن الأصل،فیثبت فی الموضع المتفق علیه و هو إذا وجدها کما هی أو ناقصه و یبقی الباقی علی حکم الأصل،و لان فیه ضررا علی المفلس و الغرماء فیکون منفیا،و لا ضرر علی المالک لو أخذ العین و دفع قیمه الزیاده،و لأن الزیاده مملوکه للمفلس،فلا یخرج عنه مجانا،و لأنها لیست عین مال الغیر،بل زائده علیه،فلیس له أخذها،و انما سوغنا أخذها بدفع القیمه جمعا بین المصالح،و هو أخذ عینه التی لا تتم إلا بأخذها،و استعاده قیمه الزیاده للمفلس و الغرماء،إذ لا فرق بین أخذ عین الشیء و قیمته فی المالیه،و لا اعتبار فی نظر الشرع بالخصوصیات.

و قول الشیخ أن-العقد انفسخ فی الأصل فتتبعه الزیاده-ممنوع کالمنفصله لان وجود الفسخ المجدد ان کان فی تقدیر وجود حال العقد،لزم فی المنفصله ما قاله فی المتصله،و الا لزم فی المتصله ما قاله فی المنفصله انتهی.

و أقول:من تدافع هذه التعلیلات و تعارضها توقف جمع فی الحکم المذکور کالمحقق فی الشرائع،و هو ظاهر الشارح فی المسالک أیضا،حیث اقتصر علی نقل الأقوال و التعلیلات المتعلقه بها،و لم یرجح شیئا کما هی قاعدته،و مقتضی مذهب ابن الجنید و من تبعه أنه إذا رجع البائع فی العین و لم یرد علی الغرماء قیمه

الزياده يكون شريكا لهم بقدر ما يستحقونه من الزياده.

و نقل عن العلامه فى التذكره أنه استقرب عدم جواز الرجوع فى العين و أطلق،و ظاهره أنه ليس له ذلك،و لو مع رد قيمه الزياده و حينئذ فالأقوال فى المسأله ثلاثه و كلها للعلامه.

أقول:أنت خبير بأن المسأله المذكوره لما كانت عاريه عن النصوص كثر فيها الاحتمال،الا أنه لا يبعد بالنسبه إلى إطلاق النصوص التى قدمناها فى أصل المسأله ترجيح القول الأول،و هو التبعيه،فإن

قوله(عليه السلام)

«إذا كان المتاع قائما بعينه رد الى صاحبه». أعم من أن تحصل فيه هذه الزياده أم لا،لصدق وجدان المتاع قائما بعينه مع حصولها،و أما تخصيص ذلك بالعينيه التى كان عليها وقت الانتقال،بمعنى أن المعنى فى قوله«قائما بعينه»انما هو ذلك،فالظاهر بعده تمام البعد،لما سيأتى إنشاء الله تعالى من تصريحهم بأنه لو نسج الغزل أو قصر الثوب، أو شق الحطب ألواحا أو جعله بابا لا يمنع من الرجوع فى العين،لصدق وجود العين فى جميع هذه الفروض و نحوها.

و انما المراد بهذه العباره انما هو الاحتراز عن تلفه و ذهابه،فيكفى وجوده على أى حاله كان،و كيف كان فالمسأله لا يخلو من شوب الاشكال و الله العالم.

الرابع [حكم ما لو نسج الغزل أو قصر الثوب و نحوهما]

-قالوا:لو نسج الغزل أو قصر الثوب أو خبر الدقيق أو جعل الخشب ألواحا أو عمله بابا لم يبطل حق البائع،و هو الرجوع الى العين،و ان كان للغرماء ما زاد على الأصل بالأعمال المذكوره ان أوجبت زياده،و الفرق بين الزياده هنا و ما تقدم فى سابق هذا المورد أن الزياده فى ما تقدم من نفس المبيع،لا من خارجه، متصله كانت أو منفصله،و أما هنا فهى من خارجه،و قد يكون صفه محضه كنسج الغزل و قصر الثوب،و قد تكون صفه من وجه،و عينا من آخر كصبغ الثوب.

و حينئذ فإذا اشترى عينا و عمل فيها عملا يزيد فى صفتها كالأعمال المذكوره أولا فقد صرحوا بأنه لا يسقط حق رجوعه فى العين،كما دلت عليه الاخبار المتقدمه، لأن العين لم يخرج عن حقيقتها بتوارد هذه الصفات عليها،فيصدق عليه أنه واجد

عين ماله،ثم انه لم تزد العين بهذه الصفات فإنه لا شیء للمفلس،سواء غرم علیه أم لا،و ان نقصت فلا شیء للبائع علی المفلس لو اختار أخذ العین،و ان زادت القیمه بذلک صار المفلس شریکا بنسبه ذلک،فتباع العین و یکون للمفلس بنسبه ما زاد، فلو کان قیمه العین حال کون الثوب خاما أو بغیر صبغ مأه،و مع أحدهما مأه و عشرین، کان للمفلس سدس الثمن الذی یباع به الثوب،أو أنه ینظر إلی أجره النسج و الصبغ و القصاره،فتؤخذ من البائع،و الأوفق بقواعدهم هو الأول،و هذا أحد القولین فی المسأله و قیل:انه تسلم العین إلی البائع مجانا إلحاقا لهذه الزیاده المتصله کالسمن و نحوه،بناء علی ان حکم المتصله ذلک،و قد عرفت الخلاف ثمه،و أن الأقرب ذلک، و من حکم فی تلک المسأله بأن الزیاده للمشتری یحکم هنا بطریق أولی،و من حکم ثمه بکونها للبائع فإنه یمکن أن یحکم هنا بکونها للمشتری،لکون هذه الزیاده هنا مستنده الیه اما بفعله أو بالاستیجار علیها،و دفع الأجره بخلاف السمن و الکبر و نحوهما، فإنه من فعل الله سبحانه،و ان کان ربما استند الی فعل المکلف من إعطاء العلف و السقی،الا أنه ربما تخلف السمن عنهما فی بعض الموارد و ربما حصل بدونهما فی بعض،و علی تقدیر استناده إلیهما فالفاعل هو الله عز و جل،بخلاف طحن الحنطه و خبز الدقیق و نحوهما، قال فی المسالک:و الأقوی فی الموضعین ان الزیاده للمفلس و حینئذ فالمعتبر بالقیمه مع الزیاده حین الرجوع،انتهی.

أقول:قد أشرنا سابقا إلی أنه لم یظهر له فی تلک المسأله ترجیح شیء من الأقوال،و یظهر منه هنا ترجیح القول الثانی من الأقوال الثلاثه المتقدمه ثمه،فإن مراده بالموضعین هنا الزیاده المستنده إلی فعل الله تعالی کما فی تلک المسأله السابقه، و الزیاده المستنده إلی المفلس کما فی هذه المسأله.

الخامس [حکم ما لو باعه نخلا حائلا فأطلع فأخذه البائع قبل تأبیره]

-قالوا:لو باعه نخلا حائلا فأطلع بعد البیع فأخذ البائع النخل قبل

تأبیره،لم یتبعه الطلع،و الوجه فیه ظاهر مما تقدم فی حکم الزیاده المنفصله، و الطلع هنا من جمله ذلک،فلا یتبع حینئذ،و انما تبع فی البیع بنص خاص، و نقل فی المختلف عن الشیخ هنا القول بالتبعیه ما لم یؤبر،ثم رده بأن الحمل علی البیع قیاس من غیر جامع،فلا یجوز المصیر الیه،و هذا القول منقول عن الشافعی قیاسا علی البیع،و الشیخ تبعه فیه مع انه لا یقول بالقیاس.

أما مع التأبیر فالظاهر أنه لا خلاف فی عدم التبعیه،لأنه نماء حصل للمشتری فی ملکه،فلا یزول و لا یتصور تبعیته بوجه،و هکذا القول فی باقی الثمار بعد الظهور، و الظاهر أنهم خصوا النخل بالذکر هنا قبل التأبیر للتنبیه علی خلاف الشیخ فی المقام، و حیث ثبت أن الثمره للمشتری،ففی صوره اختیار البائع لأخذ الأصل یجب علیه إبقاؤها الی أبان قطعها بغیر أجره.

و لو باعه النخل و الثمره قبل بلوغها ثم بلغت بعد التفلیس فلا ریب أنه قد حصلت هنا زیاده المبیع بسبب البلوغ علی ما کان سابقا،و الظاهر أن هذه من قبیل الزیاده المتصله،فیجری فیها ما تقدم فی المورد الثالث،لأنها فرد من أفراده، و هذا هو الذی یقتضیه حال الثمره.

و اما لو کانت الزیاده هی فی القیمه مع بقاء الثمره علی قدرها.قالوا:فی إلحاقها بها وجهان:من کون الزیاده القیمیه حصلت فی ملک المفلس فلا تؤخذ منه مجانا،و من بقاء عین مال البائع من غیر تغیر،فیدخل فی عموم الخبر الدال علی رجوعه مع قیام عین ماله،و استقرب فی التذکره عدم جواز الرجوع فی العین مطلقا متی زادت قیمتها،لزیاده السوق،و ألحق به ما لو اشتراها المفلس بدون ثمن المثل،و لا یخلو من الاشکال،للخروج عن ظاهر إطلاق الاخبار المتقدمه و تخصیصها من غیر دلیل و الله العالم.

السادس [لو اشتری أرضا فغرسها أو بنی فیها ثم أفلس]

-قالوا:لو اشتری أرضا فغرسها أو بنی فیها ثم أفلس،کان صاحب الأرض أحق بأرضه،و لیس له ازاله الغروس و لا البناء،و قیل:ان له ذلک مع الأرش، و تفصیل هذه الجمله انه تقدم دلاله الاخبار و کلام الأصحاب علی أنه مع تفلیس

المـديون لو وجـد بعض الغرمـاء عين مـاله فله الرجوع فيهـا.و ما هنا أحـد أفراد تلك القاعـده.و لا يمنع من ذلک ما وقع فيها من التصـرف بـالغرس و البناء.لأنهـا متميزه عن مال المفلس.غايه الأمر انه يجب إبقاء مال المفلس من تلك الغروس و البنيان الى ان يفنى بغير أجره.لأنها وضعت بحق فى ملكه.فتكون محترمه.و لا يجوز إزالتها على المشهور.

و قال الشيخ فى المبسوط:يجوز إزالتها مع الأرش.و ربما استدل له بظاهر الخبر.بتقريب ان الغرض من الرجوع فى العين استحقاق منافعهـا.فحيث وضع الغرس و البنـاء فيها بحق فطريق الجمع بين الحقين هو جواز قلعه بالأرش.فإنه على هـذا الوجه لا يفوت على صـاحب الأرض الانتفاع بأرضه.و لا ضـرر على صاحب الغرس و البناء لأخـذه الأرش،و على هـذا ينبغى ان يجوز الإبقاء بأجره لا مجانا، لان ذلك هو مقتضى التعليل المذكور،الا انه لم يذكر أحد استحقاقه الأجره لو أبقاها.

نعم هو وجه لبعض الشافعيه على ما قيل:هذا فى الغرس و البناء،كما وقع فى عنوان المسأله،أما الزرع فإنهم صرحوا بأنه يجب على البائع بعـد رجوعه فى المبيع إبقاؤه بغير أجره الى أبان قطعه قولا واحـدا قالوا:و الفرق أن للزرع أمدا قريبا ينتظر فلا تعد العين معه كالتالفه،بخلاف الغرس و البناء لما فيه من طول المده المتضمن لفوات الأرض،و أنها فى حكم التالفه.

ثم انه على القول بجواز قطع الغرس و ازاله البنـاء بالأـرش،فـالطريق الى ذلـک هو أن يقوم الغرس قائما الى أن يفنى بغير أجره و يقوم البناء ثابتا كذلک،و يقوم مقلوعا و ينظر ما بينهما من التفاوت فهو الأرش.

و أما على تقـدير القول الآخر من عدم اسـتحقاق البائع إزالتهما،فالطريق الى وصول كل ذى حق الى حقه،هو أن تباع الأرض بما فيهـا من البنـاء و الغرس،فلكـل منهما من الثمن ما قابل ما يخصه،و يعلم ذلک بأن يقوما معا ثم تقوم الأرض مشـغوله بهما ما بقيا مجانا،و ينسب قيمتها كذلک إلى قيمه المجموع و يؤخذ من الثمن للأرض

ص :۴۰۶

بنسبه ذلک،فالباقی للمفلس،مثلاـ لو قوما معا بمأه درهم،و قومت الأرض مشغوله بهما مجانا بخمسین،فنسبه قیمه الأرض إلی المجموع بالنصف،فتؤخذ لصاحب الأرض من الثمن النصف و الباقی للمفلس، هذا ان رضی البائع ببیع الأرض فلو امتنع لم یجبر بل یباع مال المفلس علی الحاله المذکوره،من کونه فی أرض الغیر المستحق للبقاء الی ان یفنی مجانا،فان ذلک هو حقه،و حیث یباع کذلک یصیر حکمه حکم من باع أرضا و استثنی شجره فی جواز دخول مالکها إلیها و سقیها الی غیر ذلک مما تقدم فی باب البیع فی هذه المسأله و الله العالم.

الثالث [فی قسمه ماله]

اشاره

-من الأمور المتقدمه قسمه ماله و فیه مسائل

الاولی [فی مستحبات القسمه]

قالوا:یستحب إحضار کل متاع فی سوقه لیتوفر الرغبه،قال فی المسالک:و الاولی الوجوب لان بیعه فیه أکثر لطلابه و أضبط لقیمته،و لکن أطلق الجماعه الاستحباب،و یستحب حضور الغرماء تعرضا للزیاده.

أقول:الظاهر أنه لا خصوصیه هنا للغرماء،قال فی المسالک:و یمکن وجوبه مع رجاء الزیاده بحضورهم،ثم ذکر أنه یستحب أیضا حضور المفلس أو وکیله لأنه أخبر بقیمه متاعه و أعرف بجیده من ردیه،و یعرف المعیب من غیره،و ربما کان أکثر للرغبه فیه و أبعد عن التهمه،و أطیب بنفس المفلس.

و کذا یستحب أن یبدأ ببیع ما یخشی تلفه،کالفاکهه و نحوها،قال فی المسالک:جعل هذا من المستحب لیس بواضح،بل الأجود وجوبه،لئلاـ یضیع علی المفلس و علی الغرماء،و لوجوب الاحتیاط علی الإیفاء،و الوکلاـ فی أموال مستأمنیهم فهنا أولی،لأن ولایه الحاکم قهریه فهی أبعد من مسامحه المالک.

أقول:أنت خبیر بما فی کلماتهم فی هذا المقام من البناء علی المسامحه و المجازفه فی الأحکام،فان الوجوب و الاستحباب أحکام شرعیه مبنیه علی الدلیل الشرعی،و الأدله عندنا منحصره فی الکتاب و السنه،و قد عرفت انه لا نص فی هذا الباب الا ما قدمناه فی صدر هذا المطلب من الاخبار الداله علی قسمه الامام مال المفلس إذا

التوی غرمائه،و لا تعرض فی شیء منها لشیء من هذه الأحکام بالکلیه،فضلا عن أن یکون علی جهه الوجوب أو الاستحباب،و حینئذ فإثبات الوجوب أو الاستحباب بمثل هذه الاعتبارات العقلیه و التعلیلات الوهمیه لا یخلو من المجازفه کما ذکرنا.

ثم انهم ذکروا فی ترتیب المبیعات انه یبدء بما یخاف علیه الفساد عاجلا کالفاکهه،ثم الحیوان،ثم سائر المنقولات،ثم بالعقارات قالوا:هذا هو الغالب،و قد یعرض لبعض ما یستحق التأخیر التقدیم بوجه،ثم بالرهن و بعضهم عد الرهن بعد ما یخاف علیه الفساد،و المراد به انه إذا کان للمفلس مال مرهون عند أحد فإنه یبدء ببیعه،لانه ربما زادت قیمته فیضم الزائد الی مال الغرماء و یقسم علیهم،و ربما نقصت فیضرب المرتهن بالناقص مع الغرماء.

قال فی المسالک:و هذا التقدیم یناسب الاستحباب،لان الغرض منه معرفه الزائد و الناقص،و هو یحصل قبل القسمه،و فی التذکره قدمه علی بیع المخوف و ما هنا أولی انتهی.

الثانیه [وجوب إیصال الدیون الی الغرماء بکل وجه اتفق]

-قالوا:و من المستحبات ان یعول علی مناد یرضی به الغرماء و المفلس دفعا للتهمه،و ان تعاسروا عین الحاکم،قال فی المسالک:ینبغی ان یکون هذا علی سبیل الوجوب،لأن الحق فی ذلک لهم،لکونه مال المفلس و مصروفا الی الغرماء.

ثم قال:و یمکن مع ذلک الاستحباب،لان الحاکم بحجره علی المفلس أسقط اعتباره،و کان لوکیله و حق الغرماء الاستیفاء من القسمه،و هی حاصله بنظر الحاکم،ثم انه ان وجد من یتبرع بذلک،و إلا بذلت الأجره من بیت المال، لانه معد لمصالح المسلمین،و هذا من جملتها،و لو تعذر لعدم بیت المال،أو لعدم سعه فیه لذلک،جاز أخذها من مال المفلس،لان البیع حق علیه.

و فی القواعد أطلق أن الأجره علی المفلس،و لا یخلو من قرب للعله المذکوره و الرجوع الی بیت المال یحتاج الی دلیل،و مجرد کونه موضوعا لمصالح المسلمین لا یستلزم ذلک،و الواجب إعطاء دیون الغارمین منه و ان کانوا قادرین علی أدائها،

مع أنه ليس كذلك.

و بالجمله فإنه يجب على المفلس إيصال الديون الى الغرماء بكل وجه اتفق، و من جملتها ما نحن فيه،و حينئذ فقوله فى المسالك-بعد أن ذكر القول الأول ثم نقل عن القواعد ما نقلناه عنه:و ما هنا أجود-لا أعرف له وجها:

أقول:و هذا الحكم و ان لم أقف له على دليل الا أنه يمكن استنباطه من الاخبار المتقدمه،فإن تولى الحاكم للبيع انما يكون بنصب رجل يعتمده ينادى على المتاع فى السوق لبيعه،هذا ان تولى ذلك الحاكم،و ان حصل اتفاق المفلس و الغرماء على رجل ينادى عليه و يبيعه لهم،فكذلك أيضا،و الكلام فى الأجره كما تقدم، و أما دعواه المسالك الوجوب فبعيد لا ينهض به دليله.

الثالثه [عدم إجبار المفلس على بيع داره التى يسكنها]

-الظاهر أنه لا خلاف بينهم فى أنه لا يجبر المفلس على بيع داره التى يسكنها،الا من ابن الجنيد (1)فان ظاهره موافقه العامه هنا فى وجوب البيع،و هو شاذ مردود بالأخبار الصريحه الصحيحه،ثم انه على القول المشهور يباع منها ما يفضل عن حاجته.و قالوا:يعتبر كونها لائقه بحاله كما و كيفا،فلو زاد فى أحدهما وجب الاستبدال بما يليق به-و ببيع الفاضل ان أمكن إفراده بالبيع.

قال الصدوق فى الفقيه:و كان شيخنا محمد بن الحسن رضى الله عنه يروى أنه ان كانت الدار واسعه يكتفى صاحبها ببعضها فعليه أن لا يسكن منها ما يحتاج اليه

۱- ۱) حيث قال:و يستحب للغريم إذا علم عسر من عليه الدين أن لا يحوجه الى بيع مسكنه و خادمه الذى لا يجد غنى،و لا ثوبه الذى يتجمل به،و أن ينظره الى أن ينتهى خبره الى من بيده الصدقات ان كان من يصلها أو الخمس ان كان أهله فان لم يفعل و ثبت ماله عند الحاكم و طالب الحاكم بيع ذلك فلا بأس أن يجعل ذلك الملك رهنا فى يد غريمه فان أبى الا استيفاء حقه أمره الحاكم بالبيع و توفيه أهل الدين بحقوقهم فان امتنع حبسه الى أن يفعل ذلك و الا دفع عليه الحاكم انتهى،و كلامه كما ترى صريح فى خلاف الأصحاب فى الدار و الخادم و الثياب،و بطلانه أظهر من أن ينكر-منه رحمه الله.

و یقضـی ببقیتهـا دینه و کـذلک ان کفته دار بـدون ثمنها باعها-و اشتری بثمنها دارا یسـکنها-و یقضـی أیضا بالثمن دینه،و مثل ذلک الأمه التی تخـدمه،فإنه لا یجبر علی بیعها و یعتبر فیها أیضا نسـبه حاله،قالوا:و مثلها العبد و الدابه التی یحتاج الی رکوبها، و لو احتاج الی التعدد استثنی کالمتحد،و کذا یستثنی له دست ثیاب یلیق بحاله شتاء و صیفا،و أضاف بعض کتب العلم.

قـال فی التـذکره:و الاـولی اعتبـار مـا یلیق بحاله فی إفلاسه،لا فی حال ثروته و کـذا یترک لعیاله من الثیاب ما یترک له،قال:و لا یترک له الفرش و البسط،بل یسامح باللبد و الحصـیر القلیل القیمه،قالوا:و لا فرق فی المسـتثنیات بین کونها من مال بعض الغرماء و عـدمه عنـدنا،و یجری علیه النفقه له و لعیـاله بحسب حاله و عاده أمثاله من یوم الحجر الی یوم القسـمه،فیعطی هو و عیاله نفقه ذلک الیوم.

أقول:و قـد تقدم الکلام فی هذه المسأله و نقل الأخبار المتعلقه بها و بیان ما یسـتفاد منها فی کتاب الدین (۱)و قد أشرنا ثمه الی أن مـا ذکروه من التضـییق فی النفقه لم یقم علیه دلیـل بل ظاهر جمله من الاخبار أن الأمر أوسع من ذلک علی أن ما ذکروه من اسـتثناء ما زاد علی الدار و الخادم لم یأتوا علیه بدلیل الا ان یدعی إلجاء الضـروره الیه و الظاهر أنه لا خلاف فی استثناء الکفن و تقـدیمه علی حقوق الغرماء و قـد تقـدمت الأخبار الـداله علی ذلک فی کتاب الـدیون فی التـذنیبات الملحقه فی آخر الکتاب و الأصـحاب قـد ذکروا أیضـا وجـوب تقـدیم کفن من یجب نفقته علیه ممن یجب تکفینه علیه قبـل الإفلاـس،و لم أقـف فیه علی دلیل،فان مورد النصوص المشار إلیها هو کفنه خاصه.

و کیف کان فان یقتصـر علی الواجب منه و هی الأثواب الثلاثه قالوا:و یعتبر فیها الوسط مما یلیق به عاده و لا یقتصر علی الأدون و به قطع الشهید فی البیان، و لا بأس به فإنه المتبادر إلیه الإطلاق،و ألحقوا به مؤنه التجهیز من سدر و کافور

۱- ۱) ص ۱۹۸.

و ماء و نحوها،و هو غير بعيد لاستلزام الأمر بالتكفين لهذا الأشياء فإن قوله عليه السلام فى بعض تلك الاخبار«يكفن بقدر ما ترك»أمر بالتكفين و هو أمر يلازمه.

الرابعه [ظهور غريم بعد القسمه]

قالوا:إذا قسم الحاكم مال المفلس،ثم ظهر غريم بعد القسمه نقضها و قسمت على الجميع و هذا الكلام غير خال من الإجمال،و تفصيل الكلام فى ذلك أن يقال:أن هذا الغريم الظاهر بعد القسمه اما أن يطالب بعين من مال المفلس بأن يكون قد باعه مبيعا و عينه قائمه فى أموال المفلس،فان له ان يرجع فى تلك العين كما تقدم تحقيقه أو يطالب بدين فى الذمه و على تقدير الأول فاما أن يكون تلك العين قد صارت بالقسمه فى حصه بعض الغرماء،أو صارت الغرماء جميعا بالسويه فهى فى أيديهم جميعا أو فى يد أجنبى بأن يكون قد باعها الحاكم و قسم قيمتها على الغرماء فههنا صور أربع:ففى صورتى ما إذا كان الطلب عينا و اختص بها بعض الغرماء،أو باعها الحاكم لا سبيل الا بنقض القسمه،لأن العين إذا انتزعت من أحدهما و ردت إلى البائع بقى الآخر بغير حق،و حينئذ فلا بد من نقض القسمه.

و اما فى صورتى ما إذا كان الطلب دينا أو عينا و لكنها فى يد جميع الغرماء بالسويه،فقولان:أحدهما نقض القسمه كالأول،لتبين فسادها من حيث ان جميع الغرماء يستوون فى المال،و قد وقعت القسمه بغير رضا البعض فيكون كما لو اقتسم الشركاء فظهر لهم شريك آخر.

و ثانيهما-انها لا ينقض بل يرجع الغريم على كل واحد بحصه يقتضيها الحساب، لان كل واحد منهم قد ملك ما هو قدر نصيبه بالإقباض الصادر من أهله فى محله،فلا يجوز النقض لأنه يقتضى إبطال الملك الثابت،أما الحصه الزائده على قدر نصيبه باعتبار الغريم الآخر فإنها عين مملوكه له فتستعاد،و المسأله من أصلها لخلوها عن النص محل اشكال.

و الظاهر ان بناء الإطلاق الذى قدمنا نقله عنهم فى صدر المسأله على اختيار القول الأول من هذين القولين فإنه يأتى على ذلك نقض القسمه فى الصور الأربع كملا

ص:۴۱۱

و الله العالم.

الخامس إذا كان علیه دیون حاله و مؤجله وقت القسمه

،قسم المال علی الدیون الحاله،اما لو كانت مؤجله وقت الحجر و حلت وقت القسمه شارک فیها أربابها و ان کان الحجر فی ابتدائه انما وقع لأجل الدیون الحاله كذا قالوا،و فیه انه قد تقدم تصریح جمله منهم بأنه بالحجر قد انتقل المال المحجور إلی أولئک الغرماء الذین وقع الحجر لأجلهم،فلا تقبل الشرکه کما تقدم فی مسأله من أقر بدین سابق فی الموضع الثانی من الأمر الأول من الأمور الأربعه،و الأقرب الأول سیما علی ما قدمناه من عدم دلیل علی هذا الحجر و ما یترتب علیه،قالوا:و لو حل بعد قسمه البعض شارک فی الباقی و ضرب بجمیع المال و ضرب باقی الغرماء ببقیه دیونهم و الله العالم.

الرابع [حبس الغریم]

من الأمور الأربعه المتقدم ذکرها الحبس و ینبغی أن یعلم أنه لا یجوز حبس الغریم مع ظهور إعساره بموافقه الغریم،أو قیام البینه أو علم الحاکم،و لو تعدد الغریم فوافق بعض و خالف آخرون فللمخالف البحث الا ان یکون الموافق ممن یحصل باخباره الثبوت الشرعی،فیدخل فی قیام البینه بالنسبه إلی المخالف (۱)و المستفاد من الاخبار الوارده فی هذا المقام و قد تقدمت فی صدر هذا المطلب

«أن علیا علیه السلام کان یحبس فی الدین إذا التوی علی أصحابه». ای ماطل بالوفاء، ثم یأمر بقسمه ماله بین الغرماء،ان کان له مال ظاهر،و مع عدم ظهوره فإنه یحبسه حتی تبین إفلاسه و حاجته،فإذا تبین له خلی عنه حتی یستفید مالا-و هو منطبق علی ما دل علیه کلام الأصحاب.

۱- ۱) فیه إشاره الی ان هذا الحکم لا یختص بالمفلس،کما یظهر من کثیر من عباراتهم بل لا معنی لتعلقه بالمفلس،لان المفلس عندهم هو الذی حجر علیه الحاکم و منعه من التصرف فلا معنی لحبسه و لا مماطلته التی یستحق الحبس بسببهما،و لا ببیعه بنفسه و لا البیع علیه،بل هذه الأحکام انما تجری فی غیره کما لا یخفی-منه رحمه الله.

قالوا:لو كان له مال ظاهر و امتنع من الوفاء تخير الحاكم بين حبسه حتى يوفى بنفسه،و بين أن يوفى الحاكم عنه بنفسه،فان كان ماله من جنس الحق صرف فيه الغريم،و ان كان مخالفا باعه منه و أوفى،و جميع ما ذكر مما يستفاد من الاخبار المذكوره و يحل لصاحب الدين الاغلاظ له فى القول،كأن يقول:يا ظالم و نحوه للخبر المشهور

عنه صلى الله عليه و آله

«للواجد يحل عقوبته و عرضه و الملى المطل». و العقوبه الحبس،و العرض الاغلاظ له فى القول.و لو لم يكن له مال ظاهر و ادعى الإعسار فظاهر الأخبار المتقدمه

انه عليه السلام:

«كان يحبسه حتى يتبين له الإعسار». و الأصحاب (رضوان الله عليهم)هنا قد صرحوا بأنه ان وجدت البينه على الإعسار قضى بها،لكن ان كان مستند البينه فى الشهاده علمها بتلف أمواله قبلت و ان لم تكن مطلقه على باطن أمره،لأن الشهاده بذلك على الإثبات المحض،و بثبوت تلف ماله يحصل الغرض من فقره،و ان شهدت بالإعسار مطلقا من غير تعرض لتلف ماله،فلا بد فى ذلك من كون الشاهدين لهما معه صحبه أكيده،و معاشره باطنه بحيث يطلعان بها على باطن أحواله.

و انما اعتبر هنا ذلك دون ما إذا كان الشهاده بتلف المال،لان مرجع هذه الشهاده هنا إلى الشهاده على النفى،فإن معنى إعساره أنه لا مال له،و الشهاده على النفى غير مسموعه،و أما مع تقييدها بما ذكرناه من الاطلاع على باطن أمره بالمعاشره الأكيده فإنها ترجع إلى إثبات تتضمن النفى،بأن يقول انه معسر لا يملك الا قوت يومه،و ثياب بدنه و نحو ذلك،و ان لم توجد البينه على أحد الوجهين المذكورين و كان له أصل مال،أو كان أصل الدعوى مالا،حبس حتى يثبت إعساره،و المراد من قولنا كان له أصل مال أنه كان له مال قبل الآن،و لكن ادعى الآن تلفه،و بقولنا أو كان أصل الدعوى مالا أن غريمه الذى قد ثبت دينه دفع إليه فى مقابلته مالا،بأن يكون قد باعه سلعه،و هو يطالب بثمنها أو أقرضه مالا،و المديون يدعى تلفه،أو ينكر وصوله اليه مع قيام البينه بوصوله اليه،و حكمه حينئذ أن يحبس حتى يثبت إعساره،لأن الأصل بقاء تلك الأعيان،و ظاهرهم أنه يحبس بمجرد ثبوت الدين

و امتناعه من أدائه.

و قال العلامه فی التـذکره:إذا لم یکن له بینه بـذلک یحلف الغرماء علی عـدم التلف،فإذا حلفوا حبس،ثم إنه مع عدم ذلک کله من البینه علی الوجهین المتقدمین، و أنه لا أصل مال،و لا أصل الدعوی مال،فإنه جاز أن یستند فی إعساره إلی ظاهر حاله،و مع ذلـک فللغرمـاء إحلافه،کما ذکره جمع منهم المحقق و غیره،فیقبل قوله بیمینه ان لم یکن للمـدعی بینه علی وجود المال،و طلب الیمین منه لاحتمـال وجود المال،و یجوز الإحلاف بمجرد الاحتمال،و لا یشترط العلم و الظن علی الظاهر،لعموم أدله الیمین علی المنکر من غیر معارض،و ظاهر أنه ینکر المال و هم یـدعون وجوده عنـده،و الأصل عدمه،و قوله أنا معسر بمنزله قوله لا مال لی أو عنـدی یجب علی أداؤه إلیکم،و لاـ یکلف بـالیمین لو أقـام بینه علی إثبـات مـدعاه، کمـا صـرح به المحقق و العلاـمه فی غیر التـذکره،و أمـا فیهـا فـإنه عکس الحکم و أثبت علیه الیمین فی بینه التلف،دون بینه الإعسـار،محتجا بأن البینه إذا شـهدت بالتلف کـان کمن ثبت له أصل مال،و اعترف الغریم بتلفه،و ادعی مال لا غیره،فإنه یلزمه الیمین،و افتی فی موضع آخر منها بأنه لا یمین فی الموضعین،محتجا بان فیه تکذیبا للشهود

و لقوله صلی الله علیه و آله (۱)

«البینه علی المدعی و الیمین علی المنکر». و التفصیل قاطع للشرکه.

أقول:و هـذا هو الأـقوی و إذا قسم المـال بین الغرمـاء وجب إطلاـقه من الحبس ان کـان محبوسا،الا ان یکون هناک سـبب آخر للحبس و هل یزول الحجر بناء علی ما ذکروه بمجرد الأداء أو یتوقف علی حکم الحاکم؟ قیل:بالأول لزوال سببه،لان الحجر علیه انمـا کـان لتحصـیل حقـوق الغرمـاء و قـد قسـمت أمـواله علیهـم،و بزوال السـبب یزول المسـبب،و قیـل:بالثـانی لأـنه لم یثبت إلا بإثباته،فلا یرتفع الا برفعه،و لانه یحتاج الی نظر و اجتهاد،کحجر السفیه.

۱- ۱) الوسائل الباب-۳-من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی.

و قـد تقـدم تحقيق الكلام فى ذلك و بيان قوه القول الأول ،إلى هنا آخر الكلام فى هـذا المجلـد،و هو المجلد السابع من كتاب الحـدائق الناضـره فى أحكـام العتره الطـاهره،و يتلوه إنشاء الله تعالى الكلام فى المجلـد الثامن فى كتاب الضـمان نسأل الله تعالى بمزيد فضـله و إحسانه و جميل كرمه و امتنانه التوفيق لإتمامه،و الفوز بسـعاده ختامه على يد مؤلفه تراب أقدام العلماء العاملين و خادم الفضلاء الصالحين،الفقير الى ربه الكريم يوسف بن احمد بن إبراهيم البحرانى،أصلح الله تعالى له أمر داريه و أذاقه حلاوه نشأتيه،و كان ذلك فى الأرض المقدسه كربلاء المعلى على مشرفيها و آبائه و أبنائه أفضل صلوات ذى العلاء.

و كان ذلك فى اليوم الثانى و العشرين من شـهر ربيع الثانى من السـنه الثالثه و الثمانين بعد المأه و الالف من الهجره النبويه على مهاجرها و آله أفضل الصلاه و التحيه حامدا مصليا مسلما مستغفرا آمين آمين.

إلى هنا تم الجزء العشـرون حسب تجزئتنا بحمـد الله و منه،و قـد بذلنا الجهد فى تصـحيحه و مقابلته و اسـتخراج أحاديثه،و سـيليه الجزء الحادى و العشرون و أوله كتاب الضمان،و الحمد لله رب العالمين،و صلى الله على محمد و آله الطاهرين.

ص :

ص :

ص :

ص :

ص :

ص :

ص :

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ٩

المقدمة:
تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامى عام ١۴٢۶ الهجرى فى المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فى الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فى العلوم الإسلامية وتبعثرها فى أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فى أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فى العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهى منظمة فى برامج إلكترونية وجاهزة فى مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.
وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبىّ عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فى المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة فى الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين فى الحوازت العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فى ملفات الكترونية

السياسات:
مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمى البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات
من الواضح أن یتحمل المؤلف مسؤولیهٔ العمل.

نشاطات المؤسسهٔ:
طبع الکتب والملزمات والدوریات
إقامهٔ المسابقات فی مطالعهٔ الکتب
إقامهٔ المعارض الالکترونیهٔ: المعارض الثلاثیهٔ الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمکنهٔ الدینیهٔ والسیاحیهٔ
إنتاج الأفلام الکرتونیهٔ والألعاب الکمبیوتریهٔ
افتتاح موقع القائمیهٔ الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافیهٔ وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلهٔ والاستفسارات الدینیهٔ والأخلاقیهٔ والاعتقادیهٔ والردّ علیها
تصمیم الأجهزهٔ الخاصهٔ بالمحاسبهٔ، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ویب کیوسک kiosk، الرسالهٔ القصیرهٔ ((sms
إقامهٔ الدورات التعلیمیهٔ الالکترونیهٔ لعموم الناس
إقامهٔ الدورات الالکترونیهٔ لتدریب المعلمین
إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسهٔ وتطبیقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ویمکن تحمیلها علی ٨ أنظمهٔ؛
١.JAVA
٢.ANDROID
٣.EPUB
۴.CHM
۵.PDF
۶.HTML
٧.CHM
٨.GHB
إعداد ۴ الأسواق الإلکترونیهٔ للکتاب علی موقع القائمیهٔ ویمکن تحمیلها علی الأنظمهٔ التالیهٔ
١.ANDROID
٢.IOS
٣.WINDOWS PHONE
۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربیهٔ والانجلیزیهٔ والفارسیهٔ

الکلمهٔ الأخیرهٔ

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.